

UNIVERSIDADE DE LISBOA

Faculdade de Direito



**PERDA DE CHANCE E INDEMNIZAÇÃO NAS *WRONGFUL BIRTH* E *WRONGFUL LIFE*  
*ACTIONS***

Maria Beatriz Abreu Freitas

Orientador: Professor Doutor Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Mestre  
**MESTRADO EM DIREITO E PRÁTICA JURÍDICA – ESPECIALIDADE DE DIREITO CIVIL**

2020



UNIVERSIDADE DE LISBOA  
Faculdade de Direito



**PERDA DE CHANCE E INDEMNIZAÇÃO NAS *WRONGFUL BIRTH* E *WRONGFUL LIFE*  
*ACTIONS***

Maria Beatriz Abreu Freitas

Orientador: Professor Doutor Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Mestre  
MESTRADO EM DIREITO E PRÁTICA JURÍDICA – ESPECIALIDADE DE DIREITO CIVIL

2020



## AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Rui Ataíde, agradeço a oportunidade de desenvolver esta investigação, a disponibilidade e a prontidão que sempre apresentou para o esclarecimento de dúvidas e resolução de problemas ao longo deste processo.

Ao Ilustre Juiz Conselheiro Álvaro Rodrigues, a quem tenho a honra de chamar Amigo, agradeço o apoio imprescindível, a constante preocupação, aconselhamento e sobretudo a felicidade que sempre demonstrou em debater ideias e partilhar conhecimento.

À Patrícia, à Petra e à Margarida, irmãs que a vida me presenteou, por me inspirarem e motivarem todos os dias a nunca desistir de aprender, evoluir e dar o melhor de mim. Ao Nuno e à Paula, “mosqueteiros” desta aventura (e que aventura!), pelo incansável apoio – *“unus pro omnibus, omnes pro uno”*.

Aos meus pais e ao meu irmão, sem os quais não seria possível concluir esta etapa, palavras nunca farão jus à gratidão que gostaria de expressar pelo carinho e compreensão incondicionais.



## RESUMO

Esta investigação incide sobre a responsabilidade civil médica, em especial, sobre as *wrongful birth* e *wrongful life actions*. Um erro médico na realização, interpretação ou comunicação de técnicas de diagnóstico pré-natal, gerador de uma situação de desconhecimento total pela progenitora de malformações congénitas ou doenças graves no feto, aniquila a possibilidade de a mesma optar ou não pela interrupção voluntária da gravidez conforme ao artº 142º, c) do Código Penal, levando ao nascimento de uma criança que, por se encontrar onerada na sua saúde, é indesejada, recorrendo os progenitores ao instituto da responsabilidade civil com vista a obter uma indemnização por danos não patrimoniais e patrimoniais (*wrongful birth action*). Pelos mesmos motivos, pode a criança peticionar uma indemnização, por danos não patrimoniais (*wrongful life action*).

O estudo averigua a possibilidade e a medida de aplicação da figura da perda de oportunidade aos casos concretos, nomeadamente para a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil nas *wrongful birth* e *wrongful life actions*, contando ainda com análise de jurisprudência e doutrina, nacional e estrangeira.

O mesmo conclui em sentido favorável à autonomização do dano da perda de oportunidade e possibilidade de aplicação desta figura às *wrongful birth actions*, que deverão dar azo à responsabilização do profissional de saúde com consequente indemnização. Paralelamente, a conclusão será desfavorável à aplicação da perda de oportunidade às *wrongful life actions*, rejeitando-se a atribuição de uma indemnização nestes casos.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil médica, *wrongful birth actions*, *wrongful life actions*, perda de chance.

## **ABSTRACT**

This investigation focuses on medical civil liability, in particular on wrongful birth and wrongful life actions. A medical error in the performance, interpretation or communication of prenatal diagnostic techniques can generate a situation of total ignorance by the parent about congenital malformations or serious diseases in the *fetus*, destroying the possibility of the mother choosing whether or not to voluntarily terminate the pregnancy (article 142, c) of the Penal Code), leading to the birth of a child who, because it is burdened on his health, is unwanted. Hence, parents resort to civil liability in order to obtain a compensation for pecuniary and non-pecuniary damages (wrongful birth action). For the same reasons, the child can claim compensation for non-pecuniary damage (wrongful life action).

The study investigates the possibility and the measure of application of the loss of chance figure to these specific cases, namely, to verify the conditions for liability in wrongful birth and wrongful life actions. It also counts on the analysis of national and foreign jurisprudence and doctrine.

It concludes in favour of autonomizing the damage from the loss of chance and the possibility of applying this figure to wrongful birth actions, which should lead to the responsibility of the health professional with consequent compensation. At the same time, the conclusion will be unfavorable to the application of the loss of chance to wrongful life actions, rejecting the award of compensation in these cases.

**Keywords:** medical liability, wrongful birth actions, wrongful life actions, loss of chance.



## ÍNDICE

AGRADECIMENTOS.....	vii
RESUMO .....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÍNDICE .....	v
ABREVIATURAS .....	vii
1. INTRODUÇÃO .....	3
1.1. ENQUADRAMENTO.....	3
1.2. OBJETIVOS .....	7
1.3. ORGANIZAÇÃO .....	7
2. RESENHA HISTÓRICA E DE DIREITO COMPARADO.....	11
2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	11
2.2. <i>WRONGFUL BIRTH ACTIONS</i> .....	11
2.2.1. Estados Unidos da América .....	11
2.2.2. Reino Unido .....	14
2.2.3. Alemanha .....	17
2.2.4. Holanda .....	19
2.2.5. França.....	21
2.3. <i>WRONGFUL LIFE ACTIONS</i> .....	22
2.3.1. Estados Unidos da América .....	22
2.3.2. Reino Unido .....	26
2.3.3. Alemanha .....	27
2.3.4. Holanda .....	28
2.3.5. França.....	30
3. <i>WRONGFUL BIRTH ACTIONS</i> .....	37
3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	37
3.2. A PERDA DE CHANCE NAS <i>WRONGFUL BIRTH ACTIONS</i> .....	38
3.2.1. O conceito de perda de chance.....	38
3.2.1.1. A perda de chance enquanto causalidade parcial .....	42
3.2.1.2. A perda de chance enquanto dano autónomo.....	44
3.3. A APLICAÇÃO DA PERDA DE CHANCE NA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA.....	53
3.4. A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO .....	60
3.5. A INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ E A .....	
AUTODETERMINAÇÃO DA MULHER.....	61
3.6. O CONSENTIMENTO INFORMADO.....	63

3.7. OS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE CHANCE .....	
NAS <i>WRONGFUL BIRTH ACTIONS</i> .....	66
3.8. <i>QUANTUM</i> DA INDEMNIZAÇÃO NAS <i>WRONGFUL BIRTH ACTIONS</i> .....	66
4. <i>WRONGFUL LIFE ACTIONS</i> .....	73
4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	73
4.2. A PERDA DE CHANCE NAS <i>WRONGFUL LIFE ACTIONS</i> .....	74
4.2.1. O conceito de perda de chance .....	74
4.3. DIREITO À NÃO EXISTÊNCIA, DIREITO A NÃO NASCER .....	80
4.4. DANO VIDA.....	84
4.4.1. A ausência de nexo de causalidade.....	87
4.4.2. A indemnização das <i>wrongful life actions</i> fundadas no dano vida.....	88
4.5. DANO - DEFICIÊNCIA.....	90
4.5.1. A inexistência de nexo de causalidade.....	91
4.5.2. Indemnização das <i>wrongful life actions</i> .....	
fundadas no dano deficiência.....	92
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	99
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	107
JURISPRUDÊNCIA .....	117
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	117
SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA .....	117
SUPREMO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO .....	118
TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO.....	118
TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA .....	119
TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA.....	119
TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES .....	119
JURISPRUDÊNCIA AMERICANA .....	119
JURISPRUDÊNCIA INGLESA.....	120
JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ.....	121
JURISPRUDÊNCIA HOLANDESA.....	121
JURISPRUDÊNCIA FRANCESA.....	121

## **ABREVIATURAS**

Artº / Artºs – Artigo / Artigos

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*

BGH – *Bundesgerichtshof*

BGHZ – *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*

BVerfG – *Bundesverfassungsgericht*

CC – Código Civil

Cfr. – Conferir

cit. – Citação

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

dStGB – *Strafgesetzbuch*

Ed. – Edição

Et al. – *Et alii*

Fasc. – Fascículo

HR – *Hoge Raad*

IVG – Interrupção Voluntária da Gravidez

p. / pp. – página / páginas

Nº – Número

s.d. – sem data

ss – seguintes

v. – *versus*

Vol. – Volume



## INTRODUÇÃO



# 1. INTRODUÇÃO

## 1.1. ENQUADRAMENTO

Em Portugal, a relação entre a pessoa doente e os profissionais de saúde tem-se desenvolvido numa longa metamorfose, sendo durante séculos estabelecida “a dois” e regida pela confiança, em que o chamado “*médico de cabeceira*”<sup>1</sup> assumia um estatuto quase sagrado na senda de uma posição paternalista. Atualmente, o panorama da atividade médica, caracterizada como um “*contrato de prestação de serviços (...), que segue o regime geral do mandato (Artº 1156º CC)*”<sup>2</sup> é diferente: maioritariamente impessoal, pautado pelas competências profissionais e pelos avanços tecnológicos que se continuam a registar, facilitadores da prevenção, deteção e tratamento de patologias. A par desta rápida evolução, regista-se, nos tribunais portugueses, mormente a partir do início do novo milénio, um acentuado aumento do número de processos de responsabilidade médica (que se pode traduzir em responsabilidade disciplinar, civil ou penal)<sup>3</sup>, com base no incumprimento das *leges artis*<sup>4</sup> e obrigações<sup>5</sup> a que o médico está adstrito.

Por forma a obter a “*cura, diminuição do sofrimento, ou prolongamento da (...) vida*”<sup>6</sup> do paciente, recai normalmente sobre o profissional de saúde uma obrigação de meios<sup>7</sup>, devendo este atuar com a diligência devida, não se comprometendo a atingir um resultado

---

<sup>1</sup> RODRIGUES, Álvaro, “Responsabilidade Civil por erro médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente”, *Data Venia*, Ano 1, Nº1, ISSN 2182-8242, 2012, p. 7, in: [https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao01/datavenia01\\_p005-026.pdf](https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao01/datavenia01_p005-026.pdf) [06.12.19].

<sup>2</sup> DUARTE, Rui Pinto, et. al., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Coimbra: Almedina S.A., 2011, pp. 459-486. Para um estudo pormenorizado acerca deste negócio jurídico, vide: PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 70-73.

<sup>3</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *Do ato médico ao problema jurídico*, Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013, p.5. e RODRIGUES, Álvaro, “Responsabilidade Civil por erro médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente”, *Data Venia*, cit., p. 7, in: [https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao01/datavenia01\\_p005-026.pdf](https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao01/datavenia01_p005-026.pdf) [06.12.19].

<sup>4</sup> Segundo as palavras proferidas no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de Dezembro de 2015, Processo n.º 1490/09.1TAPTM.L1-3 [Relator: Rui Gonçalves]: “*O conceito de *leges artis* pode ser delineado como sendo um conjunto de regras científicas e técnicas e princípios profissionais que o médico tem a obrigação de conhecer e utilizar tendo em conta o estado da ciência e o estado concreto do doente. Trata-se de um critério valorativo de um ato clínico praticado por um médico.*” In: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [09.12.19].

<sup>5</sup> Oriundas dos deveres de cuidado e proteção do paciente, enunciados em PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pp. 76-82.

<sup>6</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *Do ato médico ao problema jurídico*, cit., 2018, p.39.

<sup>7</sup> PEREIRA, André Dias, “Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Nº 17, 2007, p.17.

pretendido. Contudo, também se identificam obrigações de resultado nesta atividade<sup>8</sup>, que embora não se possam enumerar taxativamente, nascem de procedimentos médicos hoje tão evoluídos que apresentam um grau de falibilidade muito reduzido. Tome-se como exemplo radiografias, ressonâncias, cirurgias a laser, (e entrando no universo desta dissertação) exames laboratoriais como a amniocentese<sup>9</sup>, os ultrassons e outros que possibilitam o diagnóstico pré-natal através da identificação de variadas anomalias cromossómicas e malformações no feto, durante a gestação<sup>10</sup>.

Por ser certo que a toda a atividade se encontra associado um risco<sup>11</sup>, natural será que estes exames por vezes se pratiquem de forma errada ou descuidada, ficando inquinada a finalidade de esclarecimento acerca do estado de saúde do feto, por forma a que os progenitores se possam inteirar de alguma malformação e procurar (quando possível) o seu tratamento<sup>12</sup> ou optar por interromper a gravidez, dentro do prazo estabelecido no artº 142º, c) do CP<sup>13</sup>. Quando tal se verifica, estamos perante um erro médico<sup>14</sup> que, em sede de exames e técnicas de diagnóstico pré-natal, pode concretizar-se na não realização dos exames pertinentes face à fase da gestação ou face à suspeita de alguma patologia, na errónea interpretação dos exames efetuados ou na ausência de comunicação dos resultados dos mesmos<sup>15</sup>. Falhas deste calibre poderão levar “(...) ao nascimento de uma criança indesejada em determinadas circunstâncias

---

<sup>8</sup> Vinculando-se o médico a atingir determinado fim. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, Lisboa: Edições Almedina, 2018, p. 1040.

<sup>9</sup> Outro exemplo de exames laboratoriais que originam obrigações de resultado serão os de imagiologia, como se retira de SEABRA, Diana, *O erro de diagnóstico e a chance perdida: a responsabilidade médica na era da tecnologia e dos cortes orçamentais*, dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, s.d., p.16 e PEREIRA, André Dias, “Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., p.17.

<sup>10</sup> RODRIGUES, Álvaro, “Responsabilidade Civil por erro médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente”, *Data Venia*, cit., p. 7, in: [https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao01/datavenia01\\_p005-026.pdf](https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao01/datavenia01_p005-026.pdf) [19.12.19].

<sup>11</sup> PEREIRA, André Dias, “Direito dos pacientes e responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano 15, Nº27, 2016, p. 27, DOI: [https://doi.org/10.14195/1647-8630\\_27\\_2](https://doi.org/10.14195/1647-8630_27_2).

<sup>12</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Março de 2015, Processo Nº 1212/08.4TBBCL.G2.S1 [Relator Helder Roque], in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [19.12.19].

<sup>13</sup> Sabido é que o nosso ordenamento jurídico não pune a IVG caso se verifique o desenvolvimento de um feto com “(...) doença grave ou malformação congénita (...)”, até às 24 semanas - artº 142º/1, c) do CP.

<sup>14</sup> Este que genericamente pode ser definido como um desvio à prática exigida pela medicina - ANTÓNIO, Isa, A Responsabilidade Médica e o advento da medicina no setor da saúde, *Atas sobre o Congresso 50 anos do Código Civil Português*, Instituto Superior de Ciências Empresariais e do Turismo, Porto, 2016, p.10.

<sup>15</sup> VOUGA, Rui Torres, “A responsabilidade médica”, *Responsabilidade Civil Profissional*, 1ª ed., Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017, p. 154, in: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb\\_ResponsabilidadeProfissional.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_ResponsabilidadeProfissional.pdf) [20.12.19] RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Nº 21, 2010, p. 72, in: <http://hdl.handle.net/10316.2/4210> [20.12.19].



ou mesmo de todo (...)”<sup>16</sup>, na medida em que o profissional de saúde colocou os progenitores num estado de ignorância total acerca das malformações ou patologias com que a criança nasceria, subtraindo da sua esfera jurídica a oportunidade de optar atempadamente pela IVG. Assim nos cabe recordar: “*Errare humanum est, sed diabolicum perseverare!*”<sup>17</sup>

Apurando-se, a par dos restantes pressupostos, negligência ou dolo na atuação do médico desconforme às regras da arte, este erro poderá levar à aplicação da responsabilidade civil extracontratual ou contratual com vista a proporcionar uma indemnização restauradora da lesão que se observou. É neste sentido que nascem as denominadas *wrong actions*<sup>18</sup>: *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life actions* – nesta investigação analisadas apenas na vertente jurídico-civil.

As *wrongful conception* ou *wrongful pregnancy actions*<sup>19</sup> são instauradas pelos progenitores, com fundamento na violação do direito ao planeamento familiar, pela ocorrência de uma gravidez indesejada<sup>20</sup>, consequente da má realização de procedimentos de esterilização ou de interrupção da gravidez, ou de irregularidades nos métodos contraceptivos prescritos<sup>21</sup>.

Por sua vez, as *wrongful birth* e *wrongful life actions* têm exatamente a mesma base: uma criança (esperada saudável) que nasce com malformações congénitas, detetáveis caso a diligência adequada tivesse sido empregue na atuação do profissional durante a gestação. Os progenitores alegam, neste tipo de ações, que a saber das malformações inerentes ao feto, teriam

---

<sup>16</sup> RODRIGUES, Carlos Almeida, “A problemática inerente às *wrongful life claims* – a sua (não) admissibilidade pela jurisprudência portuguesa”, *Lex Medicinæ– Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano10, Nº 19, 2013, p.173.

<sup>17</sup> “*Errar é humano, mas já é diabólico perseverar no erro!*”. RODRIGUES, Álvaro, “Responsabilidade Civil por erro médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente”, *Data Venia*, cit., p. 7, in: [https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao01/datavenia01\\_p005-026.pdf](https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao01/datavenia01_p005-026.pdf) [10.12.19].

<sup>18</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “Responsabilidade Médica em sede de diagnóstico pré-natal”, *Revista do Ministério Público*, Ano 33, Nº 132, 2012, p. 74, RODRIGUES, Carlos Almeida, “A problemática inerente às *wrongful life claims* – a sua (não) admissibilidade pela jurisprudência portuguesa”, *Lex Medicinæ– Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, cit., p.173.

<sup>19</sup> Não integrantes, porém, do corpo desta investigação.

<sup>20</sup> Não se verifica relevante, nestas ações, que a criança nasça com patologias ou malformações congénitas. MEE, Jennifer, “Wrongful Conception: The emergence of a full recovery rule”, *Washington University Law Review*, Vol. 70, nº 3, 1992, p. 887, in: [https://openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview](https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview).

<sup>21</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (*wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., 2010, p. 72, in: <http://hdl.handle.net/10316.2/4210> [20.12.19] e VOUGA, Rui Torres, “A responsabilidade médica”, *Responsabilidade Civil Profissional*, cit., p. 166, in: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb\\_ResponsabilidadeProfissional.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_ResponsabilidadeProfissional.pdf) [20.12.19].

interrompido a gravidez. Contudo, as mesmas apresentam diferenças que por todo o globo desafiam a sua admissibilidade pelo Direito.

Nas primeiras são os progenitores que procuram o ressarcimento dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do “nascimento indevido” da criança<sup>22</sup>, tendo em conta as necessidades especiais de saúde e educação consequentes das malformações que suporta e bem assim o sofrimento que os progenitores carregam pela expectativa frustrada de nascimento de uma criança saudável. Nas segundas, é a própria, normalmente representada pelos pais, que intenta a ação contra o médico, laboratório ou hospital que acompanhou a gravidez, peticionado uma indemnização que cubra danos não patrimoniais por ela sofridos, por ter nascido onerada na sua saúde<sup>23</sup>.

Os tribunais portugueses têm vindo a admitir *wrongful birth actions*, rejeitando liminarmente *wrongful life actions*. A doutrina nacional, por sua vez, apresenta opiniões divergentes no que respeita a este tipo de ações - uma corrente maioritária que apresenta uma solução equivalente à da jurisprudência e uma corrente minoritária em sentido favorável à atribuição de uma indemnização nas *wrongful life actions*. Os argumentos invocados para ambas são, porém, idênticos, tendo por núcleo os pressupostos da responsabilidade civil, com especial relevo para o dano. É, todavia, escassa a bibliografia e jurisprudência que associam as *wrongful birth* e *wrongful life actions* ao conceito de perda de oportunidade, consistente na frustração de uma oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar uma desvantagem, por virtude da atuação de outrem<sup>24</sup>.

O raciocínio a que a figura da perda de chance obriga traduz-se na autonomização, enquanto dano, da frustração de uma oportunidade, independentemente de qualquer outro dano consequente da mesma. Tratando-se de um tema juridicamente complexo, também em relação a este se observam opiniões díspares, relativas à admissibilidade ou rejeição da sua

---

<sup>22</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “Responsabilidade Médica em sede de diagnóstico pré-natal”, *Revista do Ministério Público*, cit., pp. 75-76; RAPOSO, Vera Lúcia, *Wrongful Birth and Wrongful Life Actions* (The Experience in Portugal as a Continental Civil Law Country), *The Italian Law Journal*, Vol. 3, Nº2, 2017, p. 421; RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., p. 72, in: <http://hdl.handle.net/10316.2/4210> [26.12.19].

<sup>23</sup> RODRIGUES, Carlos Almeida, “A problemática inerente às *wrongful life claims* – a sua (não) admissibilidade pela jurisprudência portuguesa”, *Lex Medicinæ– Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, cit., p.173.

<sup>24</sup> PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pp. 187, SANTOS; Inês Neves, “Loss of chance”, *AB INSTANTIA*, Ano 4, Nº 6, Lisboa: Almedina, 2016, p.2; JANSEN, Nils, “The idea of a lost chance”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, Nº2, 1999, p. 271, DOI: <https://doi.org/10.1093/ojls/19.2.271>.

autonomização como forma de manter o normal funcionamento dos pressupostos da responsabilidade civil face a situações em que uma oportunidade, merecedora de tutela jurídica, se vê frustrada devido a uma atuação ilícita e culposa de outrem.

## **1.2. OBJETIVOS**

O estudo que nos propomos a realizar incide sobre as *wrongful birth* e *wrongful life actions* em Portugal e a possibilidade de a autonomização do dano da perda de oportunidade ser relevante para o estabelecimento de uma posição uniforme em relação às mesmas. Os objetivos são os seguintes:

- (1) Demonstrar que a autonomização do dano perda de oportunidade permite a aplicação da responsabilidade civil perante situações lesivas que carecem de proteção.
- (2) Concretizar este dano face às *wrongful birth* e *wrongful life actions* e verificar em que medida é que a sua aplicação permite concluir pela admissibilidade das primeiras e rejeição das segundas.
- (3) Aprofundar outros problemas de índole jurídica suscitados pela tipicidade de cada ação e que dão cobro à posição adotada em relação à admissibilidade ou inadmissibilidade das mesmas.

## **1.3. ORGANIZAÇÃO**

A presente dissertação desdobra-se em cinco capítulos, constituindo o primeiro a introdução.

O Capítulo 2 desenha uma resenha histórica e de Direito comparado, apresentando as soluções encontradas em variados ordenamentos jurídicos para as ações que nos propomos a investigar.

O Capítulo 3 incide sobre as *wrongful birth actions* em Portugal, conjugadas com o conceito da perda de oportunidade, propondo-se a sua aplicação ao problema que, a par de outros argumentos, permite a admissibilidade das mesmas.

O Capítulo 4 reflete o anterior em relação a *wrongful life actions*, verificando-se, porém, que a aplicação da perda de oportunidade nestes casos se apresenta impossível, afastando a admissibilidade destas ações, juntamente com outros argumentos em sentido desfavorável.

Por fim, o Capítulo 5 apresenta as conclusões da investigação.

## **RESENHA HISTÓRICA E DE DIREITO COMPARADO**



## 2. RESENHA HISTÓRICA E DE DIREITO COMPARADO

### 2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As soluções que afloram da jurisprudência portuguesa face às *wrong actions* têm sido uniformes (como veremos), apesar de se assistir a entendimentos doutrinários divergentes perante as mesmas. Contudo, estas nem sempre se coadunam com as estabelecidas em sede de jurisprudência estrangeira, pelo que não se têm verificado soluções harmoniosas (antes divergentes), nos diversos ordenamentos jurídicos.

Torna-se assim necessária a realização de uma análise jurisprudencial face às questões levantadas pela *fattispecie*, nomeadamente nos Estados Unidos da América, no Reino Unido, na Alemanha, na Holanda e na França.

### 2.2. *WRONGFUL BIRTH ACTIONS*

#### 2.2.1. Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos da América, as *wrongful birth actions* surgem primeiramente confundidas com as *wrongful conception actions*, assistindo-se a um aumento de processos com base em gestações indesejadas por falhas nos meios contraceptivos receitados ou no fracasso perante tratamentos esterilizantes<sup>25</sup>. Nestes casos, a indemnização era peticionada por forma a compensar as despesas médicas durante a gravidez, bem como as relacionadas com o desenvolvimento da criança e ainda os danos não patrimoniais sofridos pelos progenitores.

A primeira ocorrência a ser registada neste ordenamento jurídico data de 1934, no caso *Christense versus Thornby*<sup>26</sup>, decidido pelo *Supreme Court* de Minesota, que tinha por base a gravidez indesejada de uma mulher, consequência de uma falha na realização de uma vasectomia, que teria por objetivo a prevenção de riscos sérios de vida a que estaria sujeita caso acarretasse uma nova gravidez.

---

<sup>25</sup> FRATI, Paola [Et al.], “Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies”, *Human Reproduction Update*, Volume 23, Nº 3, 2017, pp. 334.

<sup>26</sup> *Clarence v. Christensen v. H.J. Thornby* (1934), in: [http://mn.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19340622\\_0002.MN.htm/qx](http://mn.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19340622_0002.MN.htm/qx) [14.10.19].

Não tendo a progenitora corrido nenhum risco, por se averiguar um desenvolvimento normal da gravidez, foi negado o provimento da ação. O tribunal declarou que a finalidade da vasectomia - a proteção da vida da mulher<sup>27</sup> - acabou por ser irrelevante, afirmando ainda que o Autor (seu cônjuge) teria sido abençoado pela vida de mais um filho.

Em 1967, o *Supreme Court* de Nova Jérсия, julgou o famoso caso *Gleitman versus Cosgrove*<sup>28</sup>. Em causa estaria a indução em erro dos progenitores, por parte do médico, de que o feto não correria riscos de malformações ou deficiências, mesmo tendo a mãe contraído rubéola no início da gravidez.

Este caso levou a dois pedidos indemnizatórios, um pela criança nascida com graves deformações (representada pelos seus pais)<sup>29</sup>, e outro peticionado pelos progenitores pelos danos patrimoniais e não patrimoniais que o nascimento da criança ofereceu. O tribunal não pôde reconhecer aos últimos uma indemnização pela perda de oportunidade de interromper a gravidez, dada a impossibilidade de medir o prejuízo de proporcionar o desenvolvimento de um filho deficiente, em comparação com a hipótese de o filho não ter nascido. De notar ainda que, àquela data, o aborto seria ilegal neste Estado.

O primeiro reconhecimento do dano proveniente de um “nascimento indevido” remonta a 1975, num caso decidido pelo *Supreme Court* de Texas – *Jacobs versus Theimer*<sup>30</sup>. Também neste a progenitora havia contraído rubéola no primeiro trimestre da gravidez, dando mais tarde à luz uma criança com graves deficiências. Consequentemente, com o seu marido, propôs uma ação contra o médico pela falha no diagnóstico da doença e pela ausência de informação acerca dos riscos provenientes da mesma na gravidez, procurando o ressarcimento pelas despesas médicas relativas ao tratamento da criança, bem como por danos não patrimoniais, alegando que certamente teriam interrompido voluntariamente a gravidez, se soubessem das condições em que o bebé nasceria<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> ALMEIDA, *COGITO ERGO (NON VOLLEO) SUM. Reflexões em torno das ações por nascimento e por vida indevidos*, dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 53.

<sup>28</sup> *Gleitman v. Cosgrove*, 49 N.J. 22 (1967), 227 A.2d 689 (1967), in: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html> [15.10.19].

<sup>29</sup> *Infra*, pp. 23-24.

<sup>30</sup> *Jacobs v. Theimer*, 519 S.W.2d 846 (1975), in: <https://law.justia.com/cases/texas/supreme-court/1975/b-4583-0.html> [15.10.19].

<sup>31</sup> Os tribunais hierarquicamente inferiores julgaram a ação improcedente com base na proibição do aborto à data em que a demandante ficou grávida (1968). Nesta altura, a interrupção da gravidez era apenas permitida nos casos em que a vida da progenitora estaria em risco. Porém, o *Supreme Court* de Texas estabeleceu a decisão com base



O tribunal decidiu a favor de uma indenização pelas despesas razoavelmente necessárias ao cuidado e tratamento da criança, afirmando que a mesma não iria contra a política pública do Estado de Texas. Por outro lado, a compensação por danos não patrimoniais não foi aceite<sup>32</sup>.

Em 1978, após a legalização do aborto<sup>33</sup>, perante um caso de alegada negligência e violação do dever de informar o paciente acerca do risco de malformações, o Tribunal de Apelação de Nova York decidiu a favor de uma indenização pelas despesas com os cuidados institucionais a longo prazo de uma criança que nasceu com *Síndrome de Down*<sup>34</sup>, mas não reconheceu a compensação pelo sofrimento dos pais adveniente da condição desta criança.

As *wrongful birth actions* acabaram por convergir no conceito atualmente conhecido, por força da crescente importância do direito à autodeterminação da mulher<sup>35</sup> que se observava neste período, à medida que se davam os primeiros passos na legalização do aborto, lado a lado com o desenvolvimento tecnológico das técnicas de diagnóstico pré-natal.

Assiste-se, nos dias que correm, a uma aceitação generalizada nos Estados Unidos da América de pedidos de indenização integrantes das *wrongful birth actions*, nomeadamente pelos Estados de “Alabama, Alaska, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Illinois, Indiana, Iowa, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New York, Rhode Island, Tennessee, Texas, Virginia, Washington, West Virginia, Wyoming”<sup>36</sup>.

Os argumentos utilizados baseiam-se maioritariamente na perda de chance de interromper a gravidez (alicerçando desta forma a alegação da violação do direito à autodeterminação da mulher), acrescidos dos impactos emocionais que implica a aceitação de uma criança que nasce com malformações graves, sem aviso prévio. Não esqueçamos que da

---

no dever que se impunha ao médico de uma atuação diligente quanto ao diagnóstico, bem como na violação do dever de informação que lhe assistia.

<sup>32</sup> FRATI, Paola [Et al.], “Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies”, *Human Reproduction Update*, cit., pp. 334.

<sup>33</sup> Que data de 1973, no Estado de Nova York.

<sup>34</sup> *Becker v. Schwatz*, 46 N.Y.2d 401, in: <https://www.leagle.com/decision/197844746ny2d4011413> [17.10.19].

<sup>35</sup> *Idem*: fala-se no direito que a mulher adquire a abortar, na presença de malformações no feto.

<sup>36</sup> FRATI, Paola [Et al.], “Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies”, *Human Reproduction Update*, cit., pp. 334.

tipicidade das *wrongful birth actions* decorre a alegação de que os progenitores interromperiam a gravidez, caso soubessem, no tempo devido, das malformações que condicionavam o feto.

Por estes motivos, recentemente (em 2011), o Estado de Illinois<sup>37</sup> não só compensou os danos patrimoniais decorrentes do nascimento de um filho com *Síndrome de Angelman*<sup>38</sup> (nomeadamente, as despesas acrescidas consequentes desta doença), como também os danos não patrimoniais inerentes ao sofrimento proporcionado pela descoberta e acarretamento desta vida deficiente, no julgamento de uma *wrongful birth action*. As compensações nestes casos passam pelos danos<sup>39</sup> patrimoniais resultantes dos custos relacionados com a gravidez e parto, os custos associados às despesas extraordinárias derivadas das malformações da criança, danos não patrimoniais dos pais associados a educar e desenvolver um filho nestas circunstâncias, e o dano pela perda de chance de os progenitores optarem pela interrupção da gravidez.

Há, porém, uma minoria de Estados que não reconhecem indemnização nos casos correntemente em estudo. Em alguns destes vigoram leis que proíbem especificamente pretensões de *wrongful actions* (*wrongful birth* e/ou *wrongful life actions*), como serão exemplo: “*Kansas* (K.S.A. 60-1906, 2013), *South Dakota* (SDCL 21-55-2, 1987), *Oklahoma* (63 Okl.St.Ann. 1-741.12, 2010), *Missouri* (V.A.M.S. 188.130, 1986), *Michigan* (M.C.L.A. 600.2971, 2011), *Minnesota* (M.S.A. 145.424, 2005), *Maine* (24 M.R.S.A. 2931,1990), *Idaho* (I.C. 5-334, 2010) and *Arizona* (A.R.S. 12-719, 2012)”<sup>40</sup>.

## 2.2.2. Reino Unido

A legalização da interrupção voluntária da gravidez neste ordenamento jurídico surge com o *Abortion Act* de 1967, que a permitia até as 28 semanas. Este prazo foi, porém, reduzido em 1990, para as 24 semanas, e autoriza o interrupção da gravidez caso a vida da progenitora

---

<sup>37</sup> Clark v. Children Memorial Hospital, in: <https://courts.illinois.gov/Opinions/SupremeCourt/2011/May/108656.pdf> [17.10.19]

<sup>38</sup> Trata-se de uma doença congénita, caraterizada pelo desenvolvimento corporal defeituoso e por atraso mental no doente.

<sup>39</sup> BOTTIS, Maria Canellopoulou, “Wrongful Birth and Wrongful Life Actions”, *European Journal of Health Law*, Vol. 11, 2004, p. 57.

<sup>40</sup> FRATI, Paola [Et al.], “Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies”, *Human Reproduction Update*, cit., p. 344; PERGAMENT, Deborah; ILIJIC, Katie, “The Legal Past, Present and Future of Prenatal Genetic Testing: Professional Liability and Other Legal Challenges Affecting Patient Access to Services”, *Journal of Medicine*, Vol. 3, nº4, 2014, DOI: [10.3390/jcm3041437](https://doi.org/10.3390/jcm3041437).

se encontre em risco, o feto seja diagnosticado com graves anomalias (malformações) ou a progenitora esteja sujeita a pesados danos físicos e psicológicos se levar a gravidez até o seu término<sup>41</sup>.

Pese embora a legalização precoce da IVG, o Reino Unido tem sido palco de grande controvérsia perante *wrongful actions*, que surge mais vincada a partir de 1989, perante o caso *McFarlane*<sup>42</sup>, do qual abrotou uma pretensão de indemnização por *wrongful conception*, consequente de uma vasectomia negligentemente realizada que deu origem à quinta criança do casal proponente. A indemnização foi limitada, considerando-se não ser justo, razoável e até moralmente correto responsabilizar os médicos pela perda económica resultante dos custos de criar mais uma criança saudável, uma vez que os benefícios consequentes do seu nascimento seriam incalculáveis. Contudo, foi atribuída uma indemnização à progenitora por perda de rendimentos e outros custos associados ao parto<sup>43 44</sup>, afirmando-se que poderiam ser indemnizáveis despesas adicionais, caso a criança não tivesse nascido saudável.

Embora outras *wrongful birth actions* já tivessem sido intentadas no Reino Unido<sup>45</sup>, a decisão mais popularmente analisada, por pautar daí em diante as sentenças perante outros casos

---

<sup>41</sup> Critérios explícitos na Secção I do *Abortion Act* de 1967 (atualizado), disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87> [11.10.19].

<sup>42</sup> *McFarlane v. Tayside Health Board* [1999] 4 All ER 961, in: <https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm> [11.10.19].

<sup>43</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., p. 72, in: <http://hdl.handle.net/10316.2/4210> [11.10.19].

<sup>44</sup> Mais tarde, perante um “nascimento indevido” também pela má prática de uma esterilização, o tribunal não só concedeu uma compensação pelos danos patrimoniais consequentes do parto, como também pela perda de autonomia da progenitora que, embora tivesse dado à luz um bebé saudável, era cega. - *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2003] UKHL 52; [2003] 4 All ER 987, in: <https://swarb.co.uk/rees-v-darlington-memorial-hospital-nhs-trust-hl-16-oct-2003/> [11.10.19].

<sup>45</sup> De que será exemplo o caso *Salih v. Enfield Health Authority*, de 1989, em que os progenitores intentaram uma ação com intuito de receber uma indemnização pela falha na informação dos riscos associados à contração de rubéola durante a gravidez, nascendo da gestação um bebé com cegueira parcial e surdez total. O tribunal foi a favor da atribuição de uma indemnização pelos danos patrimoniais decorrentes do desenvolvimento da criança com os problemas indicados. In: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12344396> [11.10.19].

idênticos<sup>46</sup>, é a do caso *Parkinson versus St James and Seacroft Hospital NHS Trust*<sup>47</sup>, de uma criança nascida com graves problemas comportamentais, fruto de uma esterilização negligente<sup>48</sup>. O tribunal afirmou que aos progenitores seria devida uma compensação pelos custos acrescidos derivados da malformação.

Os tribunais do Reino Unido têm vindo, desde então, a admitir quantias substanciais, incluindo as despesas com o crescimento e educação de uma criança nascida nas circunstâncias que se analisam e as perdas de rendimento dos progenitores<sup>49</sup>.

As compensações que se têm vindo a admitir não encontram, todavia, uma aceitação pacífica por parte da doutrina. Afirma-se que o critério de aceitação das mesmas tem apenas por base a circunstância de um feto sofrer ou não de uma anomalia congénita, o que poderá levar à arbitrariedade indesejada<sup>50</sup> dos tribunais, por apresentar uma perspectiva demasiado subjetiva<sup>51</sup> e imprecisa. Este critério pode, por sua vez, levar a que os tribunais tenham de decidir acerca das malformações que podem levar ou não a uma indemnização, suscitando também dificuldades em determinar o *quantum* da mesma (*burden of care*<sup>52</sup>).

A maior dificuldade que se verifica na jurisprudência do Reino Unido assenta no facto de o caso *McFarlane* se ter tornado num precedente problemático, suscitando opiniões divergentes acerca da sua aplicação noutros casos.

---

<sup>46</sup> Como o caso *Rand v. East Dorset Health Authority* (2000) *Lloyd's Rep Med*, em que se estabeleceu uma indemnização pelo nascimento de uma criança com Síndrome de Down, pela falha no dever de informação sobre o diagnóstico do exame pré-natal que refletia este resultado. A progenitora alegou que teria interrompido a gravidez caso soubesse que a criança nasceria com esta patologia. - O'NEILL, Katherine. "In the News: - Compensation for the Cost of Raising Children Born as a Result of Medical Negligence - Cattenach versus Melchoir"; *Family Matters*, N° 65, 2003, p. 67, in: <https://search.informit.com.au/documentSummary;dn=793490173968085;res=IELHSS> [11.10.19].

<sup>47</sup> *Parkinson v St James and Seacroft NHS Trust* [2001] 3 All ER 97, in: <https://www.brownejacobson.com/insurance/training-and-resources/legal-updates/2001/04/parkinson-v-st-james-and-seacroft-university-hospital-nhs-trust-c-a>

<sup>48</sup> TROKE, Ben, "The price of life: wrongful existence case law and internacional comparisions", *Clinical Risk* N°13, Vol. 5, 2007 p. 184, DOI: 10.1258/135626207781572666.

<sup>49</sup> FRATI, Paola [Et al.], "Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies", *Human Reproduction Update*, cit., pp. 334

<sup>50</sup> TROKE, Ben, "Wrongful existence claims: the 'McFarlane Approach', trends in policy and ethics, and the future", *Clinical Risk*, Vol. 13, N°5, 2007, p. 188, DOI: 10.1258/135626207781572701.

<sup>51</sup> ALMEIDA, *COGITO ERGO (NON VOLLEO) SUM. Reflexões em torno das ações por nascimento e por vida indevidos*, cit., p. 57. Não nos parece, contudo, que este problema se deva sobrepor à atribuição de uma indemnização.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

### 2.2.3. Alemanha

Os casos de *wrongful birth*, na jurisprudência alemã, surgem de mãos dadas com os de *wrongful conception*, derivando ambos da hipótese em que, por força de um erro médico, surge uma gravidez indesejada. Desde cedo, os tribunais admitiram compensações pelos custos de criar uma criança que seja fruto de negligência ou violação do dever de informação, mesmo nascendo saudável.

O Tribunal de Apelação de *Bamberg* julgou um caso paradigmático em 1978<sup>53</sup>, declarando improcedente o pedido de indemnização efetuado com base no nascimento de gémeos, consequente de uma esterilização mal praticada. O tribunal não admitiu que o ónus de manutenção de uma criança legítima e saudável fosse um dano passível de ressarcimento.

Contudo, assiste-se a uma inversão da perspetiva alemã em 1980, quando o *Supremo Tribunal Federal*<sup>54</sup> garantiu uma indemnização por danos corporais a uma mulher, bem como alimentos ao sétimo filho, que nasceu apesar de a mesma ter realizado uma esterilização<sup>55</sup>. Outros casos de *wrongful birth* foram aceites nesta década<sup>56</sup>, afirmando-se que o nascimento de um filho legítimo indesejado pode dar azo a uma reclamação face ao responsável pela operação defeituosa da esterilização, mesmo que a criança seja saudável.

Apesar desta solução se ter padronizado, em 1982 o Tribunal de Apelação de *Munique*<sup>57</sup> não reconheceu o pedido de indemnização dos progenitores que viram o seu filho nascer com variadas malformações, por não ter sido identificada rubéola na progenitora durante o primeiro trimestre da gravidez. O *Supremo Tribunal Federal*, mais tarde, acabou por reconhecer a

---

<sup>53</sup> OLG Bamberg, 6 de Fevereiro de 1978, *Juristen Zeitung*, nº15/16, 1798, pp. 529- 532, in: <http://www.jstor.org/stable/20813831> [28.10.19] e RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., p. 69, in: <http://hdl.handle.net/10316.2/4210> [29.10.19].

<sup>54</sup> *Bundesgerichtshof*.

<sup>55</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., p. 69, in: <http://hdl.handle.net/10316.2/4210> [11.10.19]; CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IV, Coimbra: Edições Almedina, 2011, p.344 e BGH, 18 de Março de 1980, *Juristen Zeitung*, nº11/12, 1980, pp. 409-413.

<sup>56</sup> Veja-se, a título exemplificativo: 76 BGHZ 249, in: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bz076249.html> [28.10.19] e 76 BGHZ 259 in: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bz076259.html> [28.10.19].

<sup>57</sup> VOUGA, Rui Torres, “A responsabilidade médica”, *Responsabilidade Civil Profissional*, cit., p. 156, in: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb\\_ResponsabilidadeProfissional.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_ResponsabilidadeProfissional.pdf) [27.10.19] e OLG München, 27 de Fevereiro de 1981, in: *Juristen Zeitung* nº17, 1981, pp. 586-589.

existência de uma pretensão contratual dos pais<sup>58</sup>. Foi, porém, negada a providência da pretensão de *wrongful life*, integrada no mesmo processo<sup>59</sup>.

Em 1993, o Tribunal Constitucional Alemão (*BVerfGE*)<sup>60</sup>, como parte de uma revisão à lei do aborto alemã<sup>61</sup>, declarou inconstitucional o tratamento de uma criança como um dano (“*Kind als Schaden*”)<sup>62</sup>, tendo em conta a dignidade humana reconhecida pela Lei Constitucional alemã a todas as pessoas (no seu artº 1º/1).

Todavia, os tribunais judiciais, por considerarem que o estabelecido se reportava apenas a uma questão isolada relativa ao modelo de aconselhamento consagrado para o aborto<sup>63</sup>, têm permanecido fiéis à permissão de compensação nas *wrongful birth actions*<sup>64</sup>.

De notar que uma secção do próprio Tribunal Constitucional Alemão (*dBVerfGE*) acabou mais tarde por admitir, perante outra ação, uma indemnização face a um “nascimento indevido” por deficiente esterilização<sup>65</sup>.

Na ordem jurídica em estudo, assiste-se à distinção entre o dano proveniente do nascimento de uma criança e o dano decorrente dos gastos com manutenção e educação da mesma (isto é, com o seu desenvolvimento). A jurisprudência tem vindo a considerar que o que

---

<sup>58</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., p. 69, in: <http://hdl.handle.net/10316.2/4210> [11.10.19] e BGH, 18 de Janeiro de 1983, *JuristenZeitung*, nº11/12, 1983, pp. 447-452.

<sup>59</sup> VOUGA, Rui Torres, “A responsabilidade médica”, *Responsabilidade Civil Profissional*, cit., p. 156, in: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb\\_ResponsabilidadeProfissional.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_ResponsabilidadeProfissional.pdf) [29.10.19]

<sup>60</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., p. 70, in: <http://hdl.handle.net/10316.2/4210> [29.10.19] e VOUGA, Rui Torres, “A responsabilidade médica”, *Responsabilidade Civil Profissional*, cit., p. 156, in: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb\\_ResponsabilidadeProfissional.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_ResponsabilidadeProfissional.pdf) [29.10.19].

<sup>61</sup> § 218 a do dStGB (*Strafgesetzbuch* - Código Penal alemão).

<sup>62</sup> TROKE, Ben, “The price of life: wrongful existence case law and internacional comparisons”, *Clinical Risk*, cit., p. 185, DOI: 10.1258/135626207781572666 e BVerfG 28 de Maio de 1993, BVerfGE 88,203,296, in: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html> [29.10.19].

<sup>63</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., p. 70, in: <http://hdl.handle.net/10316.2/4210> [29.10.19].

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> BVerfGE, decisão de 12 de Novembro de 1997, BVerfGE 96, 375, in: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv096375.html> [29.10.19]; PINTO, Paulo Mota, Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“*wrongful birth*” e “*wrongful life*”), *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4, nº7, 2007, p. 9.

está em causa não é equacionar o nascimento de um filho como um dano, mas antes o impacto patrimonial na economia dos pais, pelo nascimento de um filho não planeado<sup>66</sup>.

Por outro lado, assiste-se à compensação pelos dispêndios associados ao desenvolvimento<sup>67</sup> da criança que, embora saudável, não tenha sido desejada ou planeada. Os danos desta espécie são ressarcidos sob a forma de uma renda calculada (considerando-se alimentos devidos à criança), caso fique apurado que as perdas pecuniárias sofridas pelos pais são consequência direta da má execução do contrato médico que se estabelece entre os pais e o estabelecimento de cuidados de saúde, ou o próprio médico.

Nos casos em que se verifica erro médico (falha na realização ou interpretação de exames pré-natais, ou violação do dever de informar acerca dos resultados dos mesmos), gerando o nascimento de uma criança com malformações, não surgem dúvidas (na Alemanha) de que deve ser concedida uma indemnização cobrindo os custos associados ao desenvolvimento da criança, bem como despesas adicionais decorrentes das mesmas<sup>68</sup>.

#### 2.2.4. Holanda

A Holanda apresenta-nos decisões peculiares no campo das *wrongful actions*, mormente no que toca a *wrongful birth* e *wrongful life actions*, tornando-se imperiosa a análise jurisprudencial deste ordenamento jurídico, extrapolando-se daí as orientações doutrinárias adotadas.

O caso-piloto em matéria de *wrongful birth actions* remonta a 1997, sendo vulgarmente invocado como “o caso de DIU (Dispositivo Intrauterino) ausente”<sup>69 70</sup>, em que um médico,

---

<sup>66</sup> De facto, imperioso será saber distinguir estes dois planos, como refere Anastasios Moraitis em MORAITIS, Anastasios, “When childbirth becomes damage: a comparative overview of “wrongful birth” and “wrongful life” claims”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4, Nº 8, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, ISSN: 1646-0359., p.44: o facto de a criança ser a fonte de um dano não leva à sua consideração como tal.

<sup>67</sup> SÖRITSA, Dina, “Damages subject to compensation in cases of wrongful birth”, *Juridica International* Vol. 24, 2016 [p. 109], DOI: <https://doi.org/10.12697/JI.2016.24.11>

<sup>68</sup> MORAITIS, Anastasios, “When childbirth becomes damage: a comparative overview of “wrongful birth” and “wrongful life” claims”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, cit., p.49.

<sup>69</sup> FRATI, Paola [Et al.], “Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies”, *Human Reproduction Update*, cit., pp. 345.

<sup>70</sup> HR (*Hoge Raad*), 21 de Fevereiro de 1997, *Nederlands Jurisprudentie* 145, 1999, in: <http://arresten.eu/privaatrecht/hr-21-02-1997-nj-1999-145-wrongful-birth/> [24.10.19].



durante uma cirurgia, removeu o implante contraceptivo, não o substituindo, e falhando em informar a sua paciente.

O Supremo Tribunal holandês considerou que tendo havido uma falha na execução do contrato, o médico seria responsável pelo pagamento de uma indemnização pelos danos consequentes da mesma. Foi concedida uma compensação pelos custos associados ao desenvolvimento da criança e pelos danos patrimoniais decorrentes da perda de rendimentos pela mãe com a gravidez e o parto. O tribunal teve também em conta os danos não patrimoniais ligados a uma gravidez indesejada, e considerou que admitir uma indemnização pelo nascimento de uma criança nestas circunstâncias, mesmo que saudável, não seria contra a dignidade humana<sup>71</sup>.

Em 2003, o tribunal esclareceu novamente que a ressarcibilidade destes danos é devida aos pais. Este caso emergiu como um marco no sistema jurídico holandês, uma vez que, para além de aceitar o pedido de indemnização de uma *wrongful birth action*, o Tribunal de Haia condenou a ré ao pagamento de uma indemnização à própria criança<sup>72</sup>.

Cabe-nos, por agora, analisar a aceitação da compensação aos progenitores pelo “nascimento indevido”. No caso em apreço, os pais de *Kelly Molenaar* informaram a médica que os acompanhava acerca de um sobrinho do progenitor que havia nascido com malformações dado a uma anomalia cromossómica. Apesar disto, as providências necessárias para que se detetasse a mesma malformação no bebé não foram realizadas, nascendo este com múltiplas deficiências físicas e do foro psicológico<sup>73</sup>. O Tribunal considerou negligente a não realização das diligências, que levou à preclusão do direito inerente à mulher de interromper a gravidez atempadamente<sup>74</sup>. Por estes motivos, o Hospital foi condenado a pagar os custos de cuidado com a criança até que a mesma atingisse os 21 anos de idade.

---

<sup>71</sup> TROKE, Ben, “The price of life: wrongful existence case law and internacional comparisons”, *Clinical Risk*, cit., p. 185, DOI: 10.1258/135626207781572666.

<sup>72</sup> Posteriormente (em 2005) a decisão a favor da indemnização por *wrongful life* foi confirmada pelo Supremo Tribunal da Holanda, como analisaremos *infra*, pp. 28-29. SHELTON, Tonny, “Court awards damages to disabled child for having been born.”, *British Medical Journal*, 326(7393), 2003, pp. 784b-784, DOI:10.1136/bmj.326.7393.784/b.

<sup>73</sup> NYS, HFL; DUTE, JCJ, “A wrongful existence in the Netherlands”, *Journal of Medical Ethics*, Vol. 30, 2004, p.393, DOI: 10.1136/jme.2003.005215.

<sup>74</sup> *Ibidem*: Apesar de não se ter demonstrado que com todas as certezas a mulher abortaria, o tribunal considerou, tendo em conta as circunstâncias do caso, que o aborto teria sido realizado caso a progenitora tivesse sido corretamente informada.



As pretensões decorrentes de *wrongful birth actions* têm sido aceites na Holanda sem controvérsias, considerando os tribunais que a compensação é devida nestes casos.

### 2.2.5. França

Este ordenamento jurídico adotou uma posição vinculada no sentido de permitir a atribuição de uma indemnização aos progenitores que perderam a hipótese de interromper a gravidez (pedido indemnizatório típico das *wrongful birth actions*), na sequência do *arrêt Perruche*<sup>75</sup>, caso que integrava pedidos com base em *wrongful birth* e *wrongful life actions*, tratando-se de uma criança (*Perruche*) nascida com acentuadas malformações como consequência da contração de rubéola pela progenitora no primeiro trimestre da gravidez<sup>76</sup>.

Este caso é típico na medida em que, uma vez mais, a criança não poderia ter nascido saudável. Contudo, à progenitora havia sido assegurada a ausência de qualquer patologia, apesar de a mesma já ter colocado perante o médico a dúvida acerca da possível contração de rubéola, e ter deixado bem claro que optaria pela IVG caso se viesse a confirmar a suspeita.

Embora o caso tenha chegado à *Cour de Cassation* (Supremo Tribunal Francês), os tribunais de hierarquia inferior<sup>77</sup> que o haviam julgado aceitaram, desde logo, o pedido de indemnização colocado pelos progenitores, nomeadamente pela preclusão do Direito à autodeterminação da mulher (por perder a oportunidade de exercer o direito a interromper a gravidez).

A possibilidade de os progenitores auferirem uma compensação em casos de “nascimento indevido”, restringida, porém, aos danos sofridos pelos próprios<sup>78</sup>, veio a ser

---

<sup>75</sup> O *arrêt Perruche* é um caso emblemático que provocou variadas reações, quer em França como a nível internacional, sobretudo porque aceita o pedido indemnizatório colocado pela própria criança, representada pelos pais (isto é, uma *wrongful life claim*). Para uma melhor descrição do caso, remete-se para as pp. 30-33, onde a mesma se apresenta necessária para a investigação acerca do tratamento de *wrongful life actions* neste ordenamento jurídico.

<sup>76</sup> *Cour de Cassation*, 17 de novembro de 2000, JCP 2000 II 10438, in <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/french/case.php?id=1213> [25.10.19].

<sup>77</sup> Como será exemplo a decisão da *Cour d'Appel d'Orléans*, referida na decisão supramencionada.

<sup>78</sup> VOUGA, Rui Torres, “A Responsabilidade civil médica”, *A Responsabilidade Civil Profissional*, cit., p.160.

confirmada após a decisão do *arrêt Perruche*, com a reação legislativa à mesma, através do Artº 1º da Lei “*Anti-Perruche*” (Lei nº 2002-303, de 4 de Março de 2002)<sup>79</sup>.

Esta foi posteriormente revogada, entrando em vigor a Lei 2005-102 de 11 de Fevereiro de 2005<sup>80</sup>. Todavia, a posição legislativa face a *wrongful birth actions* mantém-se inalterada, uma vez que a nova lei provocou a implementação de um artigo com idêntico teor no Código de Ação Social Francês<sup>81</sup>.

## 2.3. WRONGFUL LIFE ACTIONS

### 2.3.1. Estados Unidos da América

O Tribunal de Apelação de Illionois foi o criador da expressão “*wrongful life*”, globalmente generalizada e recebida por diversos ordenamentos jurídicos, por contraposição a “*wrongful death*”, expressão normalmente utilizada para ações intentadas com base numa vida que chegou ao seu término quando poderia ter continuado<sup>82</sup>.

O caso *Zepeda versus Zepeda*<sup>83</sup>, julgado em 1963, foi assim o berço desta nomenclatura, desafiando o tribunal a decidir se ao Autor (filho do Réu), representado pela sua mãe, caberia uma indemnização, por ter sido o fruto de falsas promessas de casamento que induziram a progenitora em erro.

---

<sup>79</sup> Também denominada por Lei *Kouchner*. In: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015> [25.10.19]. BOULAROT, Ana Paula, “As ações de responsabilidade nos casos de vida indevida e de nascimento indevido”, *A tutela geral e especial da personalidade humana*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2017, p. 14.

<sup>80</sup> [Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 “pour l’égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées”, in: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?sessionid=261A4C7B6F38B7E17CBA68301C2E565C.tplgfr27s\\_2?cidTexte=JORFTEXT000000809647&idArticle=LEGIARTI000006682284&dateTexte=20191128&categorieLien=id#LEGIARTI000006682284](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?sessionid=261A4C7B6F38B7E17CBA68301C2E565C.tplgfr27s_2?cidTexte=JORFTEXT000000809647&idArticle=LEGIARTI000006682284&dateTexte=20191128&categorieLien=id#LEGIARTI000006682284) [25.10.19].

<sup>81</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., p.71; RAPOSO, Vera Lúcia, *Wrongful Birth and Wrongful Life Actions (The Experience in Portugal as a Continental Civil Law Country)*, *The Italian Law Journal*, cit., p. 424.

<sup>82</sup> BOULAROT, Ana Paula, “As ações de responsabilidade nos casos de vida indevida e de nascimento indevido”, *A tutela geral e especial da personalidade humana*, cit., p. 14.

<sup>83</sup> *Zepeda v. Zepeda*, 190 N.E.2d 849, 41 Ill. App. 2d 240 (1963), in: <https://www.courtlistener.com/opinion/2192746/zepeda-v-zepeda/> [06.11.19].

Por já ser parte de um matrimónio, o Réu conduziu a que o Autor fosse privado do direito a ser filho legítimo, procurando o último ser ressarcido pelos danos consequentes deste estatuto (entre outros, pela impossibilidade de herdar do seu pai ou ascendentes paternos, bem como pela estigmatização e discriminação social). O tribunal concluiu pela improcedência da ação por forma a evitar o aumento acentuado de processos baseados em condições sociais desfavoráveis, como esta, para os quais o sistema legal não teria a capacidade de suportar<sup>84</sup>.

Apesar de ter sido este o primeiro caso a identificar uma *wrongful life action*, surge o mesmo de maneira peculiarmente diferente da sua definição atual, na medida em que o Autor se tratava de uma criança saudável, que invocava apenas a sua condição desfavorável, consequente da ilegitimidade do seu nascimento. Atualmente, a pretensão em análise é denominada “*dissatisfied life*”<sup>85</sup> (vida insatisfeita), mas é de salientar que esta surgiu como base para as *wrongful life actions* como as conhecemos<sup>86</sup>.

Aquando da análise jurisprudencial deste ordenamento jurídico em sede de *wrongful birth actions*, fez-se referência<sup>87</sup> ao pedido indemnizatório estabelecido pela própria criança no caso *Gleitman versus Cosgrove*<sup>88</sup>, por ter nascido com graves deformações. Para o ver reconhecido, afirmou que o erro médico impediu a sua progenitora de interromper voluntariamente a gravidez, que teria terminado a sua existência. Por estes motivos, a sua vida seria “indevida”, preferindo não nascer, a nascer para sofrer com um corpo comprometido.

O Supremo Tribunal de Nova Jérсия recusou a pretensão de *wrongful life* com base na impossibilidade de estabelecer a diferença entre a vida com as deformações em causa

---

<sup>84</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., p. 70, in: <http://hdl.handle.net/10316.2/4210> [06.11.19] e DUNCAN, William C., “Statutory Responses to “Wrongful Birth” and “Wrongful life” Actions”, *Life and Learning XIV*, Washington, D.C., University Faculty for Life, 2005, p. 4 que refere ainda como parte da decisão a ausência de legislação específica sobre os casos em apreço.

<sup>85</sup> Em 1966 foi julgado, pelo Tribunal de Apelação de Nova Iorque, um caso idêntico e também paradigmático, em que uma criança propôs uma ação contra o Estado de Nova Iorque, acusando o mesmo de negligência no cuidado da sua mãe (que havia sido violada), paciente no Hospital do Estado com uma doença mental. *Christine Williams* peticionou uma indemnização pelo seu nascimento que foi recusada, dada a impossibilidade de comparação de uma vida ilegítima com a não vida. – *Williams v. State of New York*, 18 N.Y.2d 481 (1966), in: <https://law.justia.com/cases/new-york/court-of-appeals/1955/308-n-y-548-0.html> [06.11.19].

<sup>86</sup> LIU, Athena N C, Wrongful life: some of the problems, *Journal of medical ethics*, Vol. 13, nº2, Glasgow University, 1987, p.69.

<sup>87</sup> *Supra*, p. 12.

<sup>88</sup> *Gleitman v. Cosgrove*, 49 N.J. 22 (1967), 227 A.2d 689 (1967), in: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html> [07.11.19].

(deficiências visuais, auditivas e oratórias) e “*o vazio absoluto da inexistência*”<sup>89</sup>, o que, por conseguinte, tornaria impossível a quantificação do dano passível de compensação.

Este tem sido o principal argumento utilizado pelos tribunais nos Estados Unidos da América, que, ao lado de outros problemas ideológicos considerados intransponíveis, conduzem à recusa de reivindicações deste género. Porém, alguns dos Estados admitem ou já admitiram pretensões deste calibre<sup>90</sup>. O próprio Estado de Nova Jérсия, em 1984<sup>91</sup>, deu providência a uma *wrongful life action* (associada com uma *wrongful birth action*), indemnizando uma criança nascida com rubéola congénita, por falha na interpretação do diagnóstico realizado à mãe com o objetivo de despistar a doença.

O Supremo Tribunal de Nova Jérсия afirmou que a indemnização não deveria ser aferida através da comparação entre uma vida deficiente e a não existência (assumindo esta perspetiva como demasiado especulativa para o sistema legal em causa), mas antes pelos custos e despesas médicas extraordinárias associadas à sua doença congénita<sup>92</sup>, referindo ainda que esta decisão seria suficiente para prevenir futuros erros médicos.

O Estado de Califórnia também deu providência a *wrongful life actions*, sendo aliás o primeiro a reconhecer uma ação deste teor<sup>93</sup>, no processo *Curlender versus Bio-Science Laboratories*<sup>94</sup>, em 1980. Em causa estaria o nascimento de uma criança com a doença de *Tay-Sachs* causadora de séria deterioração das suas capacidades físicas e mentais<sup>95</sup>, tendo os progenitores recorrido ao laboratório com intuito de determinar se eram portadores do gene provocador da doença, obtendo uma resposta negativa.

---

<sup>89</sup> *Idem*.

<sup>90</sup> FRATI, Paola [Et al.], “Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies”, *Human Reproduction Update*, cit., pp. 347.

<sup>91</sup> *Procanik v. Cillo* 97 N.J. 339 (1984), 478 A.2d 755, in: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1984/97-n-j-339-0.html> [07.11.19].

<sup>92</sup> Repare-se, contudo, que aos pais não foi admitida uma segunda compensação pelas despesas médicas extraordinárias. - *Procanik v. Cillo* 97 N.J. 339 (1984), 478 A.2d 755, in: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1984/97-n-j-339-0.html> [07.11.19].

<sup>93</sup> DUNCAN, William C., “Statutory Responses to “Wrongful Birth” and “Wrongful life” Actions”, *Life and Learning* XIV, cit., p. 4.

<sup>94</sup> *Curlender v. Bio-Science Laboratories* (1980) 106 cal.app.3d 811, in: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/106/811.html> [07.11.19].

<sup>95</sup> Que resultou na perda de reações motoras, atrofiamento muscular, cegueira, paralisia pseudobulbar, incapacidade de se alimentar via oral, rigidez descerebrada e deformidade física bruta, como se refere na decisão supramencionada.

O *Supreme Court* da Califórnia considerou que uma pretensão por “vida indevida” seria absolutamente compatível com o direito fundamental a que todo o dano seja ressarcido, argumentando contra as decisões precedentes dos Estados Unidos da América que a rejeitam com base na impossibilidade de calcular o dano por comparação à inexistência<sup>96</sup>. O tribunal definiu assim o conceito em estudo como o direito inerente à criança nascida com malformações de receber uma indemnização pela dor e sofrimento carregados durante a sua vida, bem como pelos danos patrimoniais resultantes da sua condição.

Em 1982 o mesmo tribunal decidiu novamente a favor de uma indemnização face a uma *wrongful life action* - *Turpin versus Sotini*<sup>97</sup>, em que uma criança pediu uma indemnização por ter sido privada do direito fundamental de nascer na condição de ser humano funcional, e sem surdez total de que padecia, bem como pelos danos especiais por despesas extraordinárias com ensino especializado e aparelhos auditivos necessários durante a sua vida.

Esta indemnização foi peticionada pela segunda filha de um casal, que alegadamente não seria concebida caso a primeira filha tivesse sido corretamente diagnosticada com surdez aquando da realização de exames para esse efeito. Neste caso, embora a filha mais velha fosse a cliente imediata dos Réus, o tribunal considerou que os progenitores e os seus futuros filhos seriam diretamente afetados pela falha em descobrir que a primeira sofria de uma doença hereditária auditiva, atribuindo uma compensação pelas efetivas despesas extraordinárias com a educação e tratamento inerentes à patologia<sup>98</sup> da segunda.

Cabe-nos, por fim, analisar a decisão do *Supreme Court* de Washington, concluindo o leque de Estados deste ordenamento jurídico que aceitam (ou aceitaram) pretensões deste tipo. Em causa estaria o nascimento de dois bebés com *Síndrome de Hidantoína*<sup>99</sup>, pelo consumo, durante a gravidez, de um medicamento anticonvulsivo (uma vez que a progenitora sofria de epilepsia), prescrito pelos médicos que acompanharam ambas gestações. O tribunal defendeu que uma criança pode propor uma *wrongful life action*, com o fim de recuperar as despesas extraordinárias acarretadas por força da doença congénita de que padece. Contudo, sustentou

---

<sup>96</sup> Contrariamente à nossa opinião, a atribuição de uma indemnização por forma a ajudar uma criança nascida nestas condições foi aqui sobreposta ao argumento da inexistência de perda de chance.

<sup>97</sup> *Turpin v. Sotini* (1982) 31 Cal.3d 220, in: <https://scocal.stanford.edu/opinion/turpin-v-sortini-30626> [08.11.19].

<sup>98</sup> SILVA, Sara, *Vida indevida (Wrongful life) e direito à não existência*, dissertação de mestrado, Universidade Lusíada – Norte, 2015, p. 131.

<sup>99</sup> Causador de deficiências de crescimento, atraso de desenvolvimento, olhos arregalados, pálpebras caídas, hipoplasia dos dedos, unhas pequenas, entre outros defeitos físicos. – *Haberson v. Parke-Davis*, 98 Wn.2d 460 (1983) 656 P.2d 483, in: <https://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/1983/48331-1-1.html> [09.11.19].

que a compensação por estas despesas só pode ser realizada uma vez, pelo que, caso os progenitores auferissem da mesma através de uma *wrongful birth action*, a indemnização já não seria atribuída à criança. Por estes motivos, atribuiu uma indemnização a ambas pelos custos de tratamento de crianças nascidas com esta síndrome.

Esta decisão foi, porém, criticada<sup>100</sup>, uma vez que a indemnização atribuída é produto da comparação entre uma vida deficiente e uma vida saudável. Ora, as crianças em causa, como sabemos, nunca tiveram a oportunidade de nascer saudáveis, pelo que a comparação deve ser feita entre a vida nas circunstâncias que levam e a não existência (aqui se revelando, como veremos, a dificuldade em aceitar ações deste tipo).

### 2.3.2. Reino Unido

O Reino Unido não aceita *wrongful life actions*, estabelecendo a sua posição legislativa através do *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act* de 1976<sup>101</sup> que, apesar de reconhecer à pessoa cujas malformações tenham sido resultado de uma atuação anterior ao seu nascimento por um terceiro a possibilidade de ressarcimento dos danos daí provenientes, proíbe absolutamente a compensação quando a deficiência seja congénita, sem possibilidade de tratamento ou cura, nem origem em qualquer ato.

O caso *McKay versus Essex Area Health Authority*<sup>102</sup>, que espelha uma pretensão por *wrongful life* perante a falha no diagnóstico de rubéola contraída durante a gestação da progenitora, surge como a decisão paradigmática nesta área, e por isso merecedora de uma análise aprofundada. O Tribunal de Apelação de Londres não reconheceu uma causa de pedir inerente à criança nascida com graves malformações, considerando que a aceitação de um pedido de indemnização com base numa *wrongful life claim* seria contrária à política pública e sobretudo ao Princípio da santidade da vida humana<sup>103</sup>, propícia a que se passasse a considerar

---

<sup>100</sup> VANDERHOEF, Philip, “Washington Recognizes Wrongful Birth and Wrongful Life—A Critical Analysis—Harbeson v. Parke-Davis”, *Washington Law Review*, Vol. 58, Nº3, 1983, p. 674, in: <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr> [09.11.2019].

<sup>101</sup> *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act* 1976, in: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/28/section/1> [11.11.19].

<sup>102</sup> *McKay v. Essex Area Health Authority* [1982] 2 All ER 771, cuja decisão sumária se encontra em <https://webstroke.co.uk/law/cases/mckay-v-essex-area-health-board-1982> [11.11.19].

<sup>103</sup> GUR, Noam; “Wrongful life claims and negligent selection of gametes or embryos in infertility treatments: A quest for coherence”, *Journal of Law and Medicine*, Vol.22, Nº2, Londres, 2014, p.2.

a vida com deficiências menos valiosa que a vida saudável a ponto de ser preferível não existir. Aliada aos argumentos mencionados, a impossibilidade de comparação entre uma vida deficiente e a inexistência constituiu também parte da decisão.

O *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act* veio a ser publicado posteriormente (e consequentemente) ao caso *McKay*<sup>104</sup>, impedindo o direito ao ressarcimento de hipotéticos danos provenientes de uma vida com deficiências congénitas, por parte de quem a acarreta.

### 2.3.3. Alemanha

A jurisprudência e a doutrina maioritária alemã<sup>105</sup> apresentam-nos a rejeição total deste tipo de ações, espelhada na decisão do *Bundesgerichtshof*<sup>106</sup>, em 1982, mais uma vez perante um caso de rubéola contraída durante a gestação, não identificada pelo ginecologista (Réu).

Este foi o primeiro caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal em que se observou a conjugação de pretensões de *wrongful birth* e *wrongful life*, recorrendo este, à procura da solução adequada para as reivindicações do último tipo, a jurisprudência estrangeira já aqui analisada, particularmente a decisão do caso *McKay versus Essex Area Health Authority* e consequente opção legislativa do Reino Unido<sup>107</sup>.

O tribunal negou, *ab initio*, providência a qualquer reivindicação da criança nascida com malformações, afirmando desde logo a impossibilidade de a mesma nascer saudável, independentemente de qualquer atuação do médico. Outros argumentos foram invocados, nomeadamente o facto de o nascituro ser digno de proteção do Direito, pelo que a apreciação acerca do valor da sua existência não deveria pertencer a terceiros. Neste sentido, o médico não teria qualquer tipo de obrigação perante a progenitora de impedir o nascimento de uma

---

<sup>104</sup> LIU, Athena N C, Wrongful life: some of the problems, *Journal of medical ethics*, cit., p.70.

<sup>105</sup> Invocada na decisão do Supremo Tribunal Federal, BGHZ 86, 240, de 18 de Janeiro de 2019, in: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bz086240.html> [12.11.19].

<sup>106</sup> BGHZ 86, 240, de 18 de Janeiro de 2019, in: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bz086240.html> [12.11.19].

<sup>107</sup> *Supra*, p. 26.



criança<sup>108</sup> com as deformações de que padecia – ao fazê-lo, estaria a subestimar o valor de uma vida deficiente.

A impossibilidade de comparação entre a vida deficiente e a inexistência para efeitos de cálculo de indemnização também surgiu como base para a rejeição da pretensão da criança, considerando-se que a vida, mesmo com malformações, nunca constitui um dano, por não se observar na ordem jurídica um direito a não existir<sup>109</sup>.

#### 2.3.4. Holanda

Uma das decisões mais emblemáticas neste domínio pertence ao Supremo Tribunal Holandês (*Hoge Raad*), que deu providência a uma *wrongful life action*, perante o caso *Kelly Molenaar*<sup>110</sup>. Apesar de a decisão já ter sido favorável à indemnização aquando do julgamento por um tribunal hierarquicamente inferior<sup>111</sup>, veio o *Hoge Raad*<sup>112</sup> confirmar que a compensação é devida perante a *fattispecie*.

Face às circunstâncias do caso, já analisadas, o tribunal reconheceu uma indemnização por danos não patrimoniais a *Kelly Molenaar*, alegando desde logo que a médica obstetra não cumpriu o dever de cuidado para com o nascituro, sendo responsável pela indemnização face aos danos consequentes da omissão das diligências necessárias<sup>113</sup>. Vários foram os argumentos utilizados para dar cobro à decisão.

---

<sup>108</sup> FRATI, Paola [Et al.], “Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies”, *Human Reproduction Update*, cit., pp. 347 e GIESEN, Ivo; “The use and influence of comparative law in “wrongful life” cases”, *Utrecht Law Review*, Vol. 8, Nº2, 2012, p. 39.

<sup>109</sup> HASHILONI-DOLEV, Yael; “A life (un)worthy of living, Reproductive genetics in Israel and Germany”, *Internacional Library of Ethics, Law and the new medicine*, Vol. 34, 2007, p.122.

<sup>110</sup> A que se fez referência durante a análise jurisprudencial holandesa, em sede de *wrongful birth actions*, p. 20. Como mencionado, em causa estaria o nascimento de uma criança com múltiplas malformações do foro físico e psicológico associadas a uma anomalia cromossómica de natureza hereditária (presente na família do pai). Tal possibilidade havia sido aludida pela progenitora durante as consultas de acompanhamento da gravidez, tendo a obstetra optado por não realizar o tipo de procedimento indicado perante as circunstâncias do caso.

<sup>111</sup> O Tribunal de Apelação de Haia (decisão de segunda instância), em 2003, concedeu uma indemnização por danos não patrimoniais a *Kelly*, por considerar que a médica que acompanhara a gravidez tinha não só uma obrigação legal para com a progenitora, mas também para com o feto, tendo em conta que o contrato de prestação de serviços médicos implicaria a atuação no interesse da criança ainda não nascida, como se encontra explícito em NYS, HFL; DUTE, JCJ, “A wrongful existence in the Netherlands”, *Journal of Medical Ethics*, cit., p. 393.

<sup>112</sup> HR (*Hoge Raad*), 18 de Março de 2005, *Rechtspraak van de Week*, in: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2005:AR5213> [18.11.19].

<sup>113</sup> *Idem*.



*Primo*, negou-se a correlação entre a aceitação da indemnização e a futura consideração da própria vida da criança como um dano com repercussões no seu desenvolvimento, declarando-se que aos pais caberia o papel de esclarecer, através do cuidado com a criança, que esta hipotética perspetiva seria incorreta<sup>114</sup>.

*Secundo*, afirmou-se que a rejeição de uma indemnização levaria ao agravamento da posição de uma criança nascida com malformações devido a um erro médico. Assim, a aceitação da mesma não resultaria na violação da dignidade da vida de *Kelly*<sup>115</sup>. Pelo contrário, uma indemnização deste género contribuiria para que a criança pudesse viver com o maior nível de dignidade possível.

*Tertio*, a tese da comparação entre existência e a inexistência não foi acolhida<sup>116</sup>, recorrendo o tribunal ao artº 6:97 do Código Civil Holandês, em que se estabelece que a extensão da indemnização deve ser calculada segundo a medida mais apropriada face à natureza do dano, pelo que, não sendo possível a sua avaliação exata, deve ser feita por estimativa<sup>117</sup>.

O Tribunal de Apelação de Haia, o Supremo Tribunal Holandês e o próprio governo Holandês<sup>118</sup> apelaram à intervenção legislativa, sendo esta a única possibilidade de impedir o provimento de um pedido indemnizatório por força de uma *wrongful life claim*. Este apelo não recebeu qualquer resposta por parte do legislador holandês até os dias que correm, o que leva a crer que a decisão do caso *Kelly Molenaar* se encontra de acordo com o Direito Civil do ordenamento jurídico, não havendo nenhuma razão aparente para legislação neste domínio<sup>119</sup>.

---

<sup>114</sup> HONDIUS, Ewoud, “The Kelly Case – Compensation for undue damage for wrongful treatment”, *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, Netherlands, 2005, p. 114. Este argumento já havia sido invocado pelo *Hoge Raad* na decisão de 21 de Fevereiro de 1997 (Caso do DIU ausente), estudada no capítulo referente a *wrongful birth actions*, pp. 19-20.

<sup>115</sup> Alegando-se que a vida deficiente nunca é menos valiosa face a uma vida saudável - HR (*Hoge Raad*), 18 de Março de 2005, *Rechtpraak van de Week*, in: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2005:AR5213> [18.11.19].

<sup>116</sup> HONDIUS, Ewoud, “The Kelly Case – Compensation for undue damage for wrongful treatment”, *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, cit., p. 114.

<sup>117</sup> Artigo 6:97 do Código Civil Holandês, in: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm> [18.11.19].

<sup>118</sup> NYS, HFL; DUTE, JCJ, “A wrongful existence in the Netherlands”, *Journal of Medical Ethics*, cit., p. 394.

<sup>119</sup> GIESEN, Ivo; “The use and influence of comparative law in “wrongful life” cases”, *Utrecht Law Review*, cit., p. 39 e FRATI, Paola [Et al.], “Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies”, *Human Reproduction Update*, cit., pp. 346.

### 2.3.5. França

O tratamento de *wrongful life actions* desenvolveu-se de forma peculiar neste ordenamento jurídico, onde se verificou um acentuado debate sobre o tema, a partir do ano de 2000<sup>120</sup>, com o crucial julgamento do caso *Nicolas Perruche*, em que a *Cour de Cassation*<sup>121</sup> concedeu uma indemnização a uma criança nascida com malformações pela falha no diagnóstico de rubéola contraída pela progenitora no primeiro trimestre da gravidez.

Durante a gestação, a mãe de *Nicolas* havia colocado, por duas vezes, a dúvida específica acerca da possível contração desta doença ao médico que a acompanhava, afirmando que pretendia interromper a gravidez caso o diagnóstico fosse positivo<sup>122</sup>. Apesar de se terem realizado exames com o intuito de averiguar a existência da infeção, os resultados divulgados indicaram que a progenitora não só não tinha contraído a infeção, como também estaria imune à mesma<sup>123</sup>. Este erro no diagnóstico levou a que a gravidez fosse levada a cabo, nascendo *Nicolas* com variadas malformações consequentes da doença contraída, nomeadamente um acentuado atraso de desenvolvimento, cegueira parcial, surdez e problemas cardíacos<sup>124</sup>.

A *Cour d'Appel d'Orléans* rejeitou a atribuição de uma indemnização a *Nicolas*, por considerar que o nascimento com as malformações em apreço não seria resultado da atuação negligente do médico ou do laboratório, mas antes da contração de rubéola pela progenitora, durante a gestação<sup>125</sup>.

A *Cour de Cassation*, por sua vez, considerou que a negligente atuação do médico e do laboratório (onde se realizaram os exames e análises) violou o direito à autodeterminação da

---

<sup>120</sup> Apesar de outros casos idênticos já terem sido julgados, como refere Paulo Mota Pinto em PINTO, Paulo Mota, Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“*wrongful birth*” e “*wrongful life*”), *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, cit., p. 8.

<sup>121</sup> *Cour de Cassation*, 17 de novembro de 2000, JCP 2000 II 10438, in: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/french/case.php?id=1213> [25.11.19]. Este acórdão surge após o recurso (pelos pais) da decisão da *Cour d'Appel d'Orléans*, de 5 de fevereiro de 1999, que recusou a atribuição de uma indemnização à criança, por não lhe reconhecer o direito a nascer ou não nascer – como se retira do acórdão da *Cour de Cassation*.

<sup>122</sup> CORREIA, Vanessa Cardoso, *Sub Judice 38 - Direito da Saúde e Biodireito*, Lisboa: Edições Almedina, 2007, p. 102. O receio de contração estaria associado ao facto de a progenitora já ter um filho com as malformações em causa, fruto da mesma infeção aquando da primeira gravidez.

<sup>123</sup> FEUILLET, Brigitte, “The perruche case and french medical liability”, *Drexel Law Review*, Vol. 4. Nº 139, 2011, p. 140.

<sup>124</sup> CORREIA, Vanessa Cardoso, *Sub Judice 38 - Direito da Saúde e Biodireito*, cit., p. 102 e MARTINS, Marco, *Responsabilidade Civil por atos e omissões médicas em vida pré-natal*, dissertação de mestrado, Universidade do Minho, Braga, 2013, p. 76.

<sup>125</sup> *Cour de Cassation*, 17 de novembro de 2000, JCP 2000 II 10438, in: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/french/case.php?id=1213> [27.11.19].

mulher, na medida em que a impediu de exercer livremente a possibilidade de interromper a gravidez, com o intuito de evitar o nascimento de uma criança com as ditas malformações<sup>126</sup>. Assim, foi atribuída uma indemnização a *Nicolas*, arrogando-se que o dano causado à criança pelas malformações<sup>127</sup> estaria diretamente ligado à atuação negligente dos Réus.

Ao aceitar a indemnização, o tribunal afirmou implicitamente que a própria vida de uma pessoa pode ser considerada um dano<sup>128</sup>, apesar de ser claro que o objetivo seria, como se alegou no caso de *Kelly Molenaar*, possibilitar uma “compensação” que pudesse levar ao seu desenvolvimento nas melhores condições possíveis.

Naturalmente, esta decisão deu azo a uma avalanche de críticas e a um aceso debate (primeiramente) nacional<sup>129</sup>, com destaque, desde logo, para as questões de natureza ética que a decisão levanta, ao incutir que uma vida deficiente teria menos valor face a uma vida saudável.

Esta possível perspectiva do Direito Francês acerca do valor da vida parecia ganhar ainda mais corpo devido ao facto de a lei francesa possibilitar a interrupção da gravidez caso o feto fosse portador de uma doença grave e incurável<sup>130 131</sup>. Também desabrochou a preocupação acerca das consequências jurídicas da decisão em análise, nomeadamente o incremento de processos deste tipo nos tribunais franceses, que poderia encorajar as próprias crianças a intentar ações contra os seus progenitores por não interromperem a gravidez. Este aumento de processos com base no erro médico (em qualquer das suas vertentes) levaria também a que os prémios de responsabilidade civil profissional fossem ampliados<sup>132</sup>.

---

<sup>126</sup> *Idem*.

<sup>127</sup> Entenda-se, o dano provocado pela sua própria existência, como nos esclarece Vera Lúcia Raposo em RAPOSO, Vera Lúcia, Wrongful Birth and Wrongful Life Actions (The Experience in Portugal as a Continental Civil Law Country), *The Italian Law Journal*, *cit.*, p. 423, DOI: 10.23815/2421-2156.ITALJ.

<sup>128</sup> FEUILLET, Brigitte, “The perruche case and french medical liability”, *Drexel Law Review*, *cit.*, p.143.

<sup>129</sup> COSTICH, Julia Field, The Perruche case and the issue of compensation for the consequences of medical error, *Health Policy*, Vol. 78, Lexington, 2006, p. 8. DOI: 10.1016/j.healthpol.2005.08.007.

<sup>130</sup> Lei N ° 2001-588, de 4 de julho de 2001, sobre interrupção voluntária da gravidez e contraceção, *in*: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000222631&categorieLien=id> [27.11.19], cujas alterações levaram à introdução de novos artigos no Código de Saúde Pública Francês.

<sup>131</sup> FEUILLET, Brigitte, “The perruche case and french medical liability”, *Drexel Law Review*, *cit.*, p.144.

<sup>132</sup> *Ibidem*.

Todos estes argumentos convergiam numa chamada de atenção relativamente à ausência de apoio (monetário) a pessoas nascidas com graves e permanentes patologias, que seria essencial para evitar que problemas desta génese tivessem de ser resolvidos em tribunal<sup>133</sup>.

Apesar da evidente discordância da doutrina francesa face à decisão do caso *Perruche*, a mesma permaneceu inalterada, revelando a firmeza da posição do tribunal. Posteriormente, confirmando assim a tendência jurisprudencial, outros casos foram julgados de forma idêntica<sup>134</sup>, o que forçou a intervenção do legislador francês<sup>135</sup>.

Desta feita, surgiu a Lei “*Anti-Perruche*” nº 2002-303, de 4 de Março de 2002, sobre os “direitos dos doentes e a qualidade do sistema de saúde”<sup>136</sup>, que esclareceu a inadmissibilidade da “vida indevida” como causa de pedir<sup>137</sup>, desde logo negando a possibilidade de a própria vida ser considerada um dano<sup>138</sup>. Constava ainda do primeiro artigo desta lei que apenas se admitia a indemnização a uma criança caso o seu nascimento com malformações fosse devido a uma conduta negligente do médico<sup>139</sup>, como por exemplo a má realização de uma intervenção cirúrgica. O legislador francês optou por colocar nas mãos do Estado (apelando à solidariedade nacional) o dever de garantir uma compensação pecuniária devida a pessoas nascidas nestas

---

<sup>133</sup> *Idem*, p. 145.

<sup>134</sup> FRATI, Paola [Et al.], “Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies”, *Human Reproduction Update*, cit., pp. 347 e COSTICH, Julia Field, The *Perruche* case and the issue of compensation for the consequences of medical error, *Health Policy*, cit., p. 12.

<sup>135</sup> Note-se que, no caso de *Kelly Molenaar*, o tribunal afirmou que apenas com a intervenção do legislador se poderia adotar uma posição desfavorável a *wrongful life actions*, assistindo-se, neste caso, à precisa intervenção legislativa por uns considerada imperiosa. RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., p.71; RAPOSO, Vera Lúcia, Wrongful Birth and Wrongful Life Actions (The Experience in Portugal as a Continental Civil Law Country), *The Italian Law Journal*, cit., p. 424.

<sup>136</sup> Também denominada por Lei *Kouchner*. In: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015> [28.11.19].

<sup>137</sup> COSTICH, Julia Field, The *Perruche* case and the issue of compensation for the consequences of medical error, *Health Policy*, cit., p. 8.

<sup>138</sup> FRATI, Paola [Et al.], “Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies”, *Human Reproduction Update*, cit., pp. 347; RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., p.71; RAPOSO, Vera Lúcia, Wrongful Birth and Wrongful Life Actions (The Experience in Portugal as a Continental Civil Law Country), *The Italian Law Journal*, cit., p. 424.

<sup>139</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, Wrongful Birth and Wrongful Life Actions (The Experience in Portugal as a Continental Civil Law Country), *The Italian Law Journal*, cit., p. 424; FEUILLET, Brigitte, “The *perruche* case and french medical liability”, *Drexel Law Review*, cit., p.146.

circunstâncias, promovendo assim uma solução uniforme e equitativa perante os casos em apreço<sup>140</sup>.

Uma vez que a lei em análise implementava a sua aplicação retroativa, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou-a como uma privação da propriedade (por retirar a possibilidade de reivindicação de indemnizações por *wrongful life* já julgadas), nomeadamente face ao 1º do Protocolo Adicional da Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>141</sup>.

A lei “*Anti-Perruche*” foi revogada, em Fevereiro de 2005, pela Lei n.º 2005-102<sup>142</sup> acabando esta (todavia) por replicá-la, através da introdução de um novo artigo com idêntico conteúdo no Código de Ação Social francês (Artigo L. 114-5)<sup>143</sup>, que atribui suporte financeiro a pessoas nascidas com determinadas malformações<sup>144</sup>.

---

<sup>140</sup> COSTICH, Julia Field, The Perruche case and the issue of compensation for the consequences of medical error, *Health Policy*, *cit.*, p. 14 e FEUILLET, Brigitte, “The perruche case and french medical liability”, *Drexel Law Review*, *cit.*, p.146.

<sup>141</sup> QUEIRÓS, António José, *As acções de wrongful life e a legitimidade das suas pretensões*, dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2016, p.18; GIESEN, Ivo; “The use and influence of comparative law in “wrongful life” cases”, *Utrecht Law Review*, *cit.*, p. 40.

<sup>142</sup> [Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 “pour l’égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées”](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=261A4C7B6F38B7E17CBA68301C2E565C.tpl_gfr27s_2?cidTexte=JORFTEXT000000809647&idArticle=LEGIARTI000006682284&dateTexte=20191128&categorieLien=id#LEGIARTI000006682284), *in*: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=261A4C7B6F38B7E17CBA68301C2E565C.tpl\\_gfr27s\\_2?cidTexte=JORFTEXT000000809647&idArticle=LEGIARTI000006682284&dateTexte=20191128&categorieLien=id#LEGIARTI000006682284](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=261A4C7B6F38B7E17CBA68301C2E565C.tpl_gfr27s_2?cidTexte=JORFTEXT000000809647&idArticle=LEGIARTI000006682284&dateTexte=20191128&categorieLien=id#LEGIARTI000006682284) [28.11.19].

<sup>143</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, *cit.*, p.71; RAPOSO, Vera Lúcia, Wrongful Birth and Wrongful Life Actions (The Experience in Portugal as a Continental Civil Law Country), *The Italian Law Journal*, *cit.*, p. 424.

<sup>144</sup> FEUILLET, Brigitte, “The perruche case and french medical liability”, *Drexel Law Review*, *cit.*, p.146.



***WRONGFUL BIRTH ACTIONS***





### 3. *WRONGFUL BIRTH ACTIONS*

#### 3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Uma *wrongful birth action*, em termos processuais, consubstancia-se numa ação declarativa de condenação, que segue o processo comum, tendo em conta o artº 546º/2 do CPC. Esta ação tem como pressuposto o erro médico derivado da violação das *leges artis*<sup>145</sup>, sendo instaurada pelos progenitores em nome próprio contra o médico<sup>146</sup>, com fundamento na privação de informação sobre o estado de saúde do feto, necessária para uma decisão consciente acerca da interrupção voluntária da gravidez, por indicação embriopática ou fetopática, não punível nos termos do artº 142º/1, c) do CP. O pedido dos progenitores recorta-se na condenação do médico ao pagamento de uma indemnização que cubra as despesas extraordinárias de desenvolvimento e criação da criança fruto da gravidez levada a cabo, que padece de doença ou malformação grave e bem assim pelos danos não patrimoniais sofridos pelos progenitores<sup>147</sup>.

A consideração da frustração de uma oportunidade como um dano autónomo e passível de ressarcimento por via da responsabilidade civil gera grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência portuguesa. Tendo esta figura sido criada com intuito de superar eventuais dificuldades de preenchimento dos requisitos exigidos para que um sujeito não seja indemne, a aceitação da mesma cria perplexidade por parte de quem a estuda.

Poderá a perda de oportunidade ser fundamento de uma indemnização, nos casos de *wrongful birth actions*, na medida em que a progenitora perde o direito a decidir pela continuação ou não da gravidez de um feto portador de doença ou malformação congénita, por força de um erro médico?

A leitura do presente Capítulo conduzirá a uma resposta em sentido positivo, articulando o conceito da perda de chance com outros temas que emergem destas “ações”, como a personalidade jurídica do nascituro, a interrupção voluntária da gravidez e o consentimento

---

<sup>145</sup> BOULAROT, Ana Paula, “As ações de responsabilidade nos casos de vida indevida e de nascimento indevido”, *A tutela geral e especial da personalidade humana*, cit., p. 11.

<sup>146</sup> VOUGA, Rui Torres, “A responsabilidade médica”, *Responsabilidade Civil Profissional*, cit., p. 168.

<sup>147</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., p. 64.

informado, culminando na análise do montante indemnizatório consequente de um processo de responsabilidade civil nestes termos.

### **3.2. A PERDA DE CHANCE NAS *WRONGFUL BIRTH ACTIONS***

#### **3.2.1. O conceito de perda de chance**

A perda de chance traduz-se na frustração de uma oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar uma desvantagem<sup>148</sup>, por força de uma atuação de outrem (que, para efeitos indemnizatórios, terá de ser ilícita e culposa<sup>149</sup>). Sendo o lesado titular de um direito a obter essa oportunidade, a sua negação constituirá uma lesão na sua esfera jurídica que deverá ser perspectivada como um dano autónomo.

Tendo isto em conta, cabe-nos recordar o que se referiu no início deste estudo relativamente às *wrongful birth actions*, que têm por base o erro de diagnóstico pré-natal, criador na progenitora da expectativa de desenvolvimento saudável do feto, e que, por isso, leva a gravidez a seu termo, deparando-se, aquando do nascimento, com uma criança que padece de doenças ou malformações congénitas graves e incuráveis, possivelmente detetáveis caso o médico tivesse atuado diligentemente.

Indispensável para esta investigação será, assim, fazer alusão à IVG não punível, nas primeiras 24 semanas, na circunstância de haver seguros motivos para prever que o nascituro sofrerá de grave doença ou malformação congénita (artº 142º/1, c) do CP), significando isto que a mulher grávida não é obrigada a continuar a gestação de uma criança onerada na sua saúde física ou psíquica.

Nos casos agora em análise verifica-se que o erro de diagnóstico (não realização de exames pertinentes, interpretação errónea dos mesmos ou ausência de comunicação dos resultados) conduz a que a progenitora perca a oportunidade de decidir pela continuação ou não da gravidez, sendo esta a perda de chance que nesta sede nos parece relevante - a perda de

---

<sup>148</sup> PEDRO, Rute Teixeira, A Responsabilidade Civil do Médico – *Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pp. 187, SANTOS; Inês Neves, “Loss of chance”, *AB INSTANTIA*, cit., p.2; JANSEN, Nils, “The idea of a lost chance”, *Oxford Journal of Legal Studies*, cit., p. 271, DOI: <https://doi.org/10.1093/ojls/19.2.271>; MENESES, Sara, *Perda de oportunidade: uma mudança de paradigma ou um falso alarme?*, dissertação de mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2013, p. 1.

<sup>149</sup> TEIXEIRA, Leonor Catela, “Perda de Chance: dano autónomo ou mero suprimimento do nexo causal?”, *Revista de Direito Civil*, Ano I, Nº3, Lisboa: Almedina, 2016, p. 725.

oportunidade de decidir pela continuação ou não da gestação de uma criança com uma doença grave ou malformação congénita.

A figura que invocamos tem sido objeto de acesso debate na jurisprudência e doutrina, quer nacional, quer estrangeira, não sendo totalmente unânime a aceitação da sua aplicação a casos concretos, pelo que se torna imperioso identificar e desenvolver as questões que se colocam em torno do tema.

Ora, no Direito Civil, como sabemos, o principal meio de tutela de direitos e interesses juridicamente relevantes recai no instituto da responsabilidade civil, caracterizado pelas suas funções reparatória<sup>150</sup>, e (porventura) “preventivo-punitiva”<sup>151</sup>, que permite a imputação de uma atuação causadora de um dano na esfera jurídica de outrem<sup>152</sup>.

Este instituto encontra-se espelhado, no nosso Código Civil, através de “blocos normativos”, indicadores das possíveis categorias que dele emergem, podendo distinguir-se<sup>153</sup>, desde logo, a responsabilidade por culpa ou por factos ilícitos<sup>154</sup> e a responsabilidade pelo risco ou objetiva<sup>155</sup>.

A primeira categoria desdobra-se ainda em duas possíveis classificações: a responsabilidade civil delitual ou extracontratual<sup>156</sup>, e a responsabilidade civil obrigacional ou

---

<sup>150</sup> Este instituto apresenta predominantemente um escopo ressarcitório, sendo normalmente conducente a uma obrigação de indemnizar o lesado. LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Lisboa: Almedina, 2018, pp. 279-280.

<sup>151</sup> Conhecida é a discussão doutrinária que rodeia a função em apreço. Seguimos a orientação de Júlio Gomes, que nos elucida acerca do crescente relevo prático que a mesma tem vindo a assumir, sendo cada vez mais frequente e vitoriosa a utilização do instituto nestes termos para o domínio de condutas ilícitas. GOMES, Júlio, “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?”, *Revista de Direito e Economia*, Vol. 15, ISSN 0870-8835, Separata (1989), p. 106.

<sup>152</sup> AMORIM, Luís, *A função punitiva da responsabilidade Civil*, dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p.5 e LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, cit., p. 283.

<sup>153</sup> LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, cit., p. 283.

<sup>154</sup> Estabelecida como regime regra no artº 483º/1 do CC, requer um juízo moral da conduta do agente por forma a censurar o seu comportamento. *Idem*, pp. 279-280 e MADALENO, Cláudia, *A responsabilidade obrigacional objetiva por facto de outrem*, dissertação de doutoramento, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014, p. 475.

<sup>155</sup> Admitida nos casos taxativamente consagrados em termos legislativos, a imputação da conduta ao agente é realizada conforme critérios objetivos de risco, pelo que a obrigação de indemnização é independente de culpa, como se retira do artº 483º/2 do CC conjugado com os artºs 499º e ss do CC. LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 279-280 e 365-399.

<sup>156</sup> Assenta na violação de deveres genéricos de respeito, normas de proteção ou prática de factos delituais específicos – Artº 483º e ss CC. *Idem*, pp. 279-280 e 283-350.

contratual<sup>157</sup> <sup>158</sup>, verificando-se para ambas as categorias a necessidade de preenchimento cumulativo de cinco pressupostos<sup>159</sup> (espelhados no artº 483º/1 do CC) cuja demonstração deverá ser realizada em juízo: “o facto<sup>160</sup> (controlável pela vontade do homem); a ilicitude; a culpa; o dano; e o nexo de causalidade entre o facto e o dano”<sup>161</sup>.

O preenchimento destes pressupostos deverá levar à reconstituição da situação que existiria caso não se verificasse o evento lesivo, como menciona o artº 562º do CC<sup>162</sup>. Aliando-se a este, o artº 566º/1 do CC permite-nos concluir pela fixação de uma indemnização pecuniária perante a impossibilidade de restabelecimento da situação anterior à lesão<sup>163</sup>. Apesar de o raciocínio subjacente à responsabilidade civil, aqui sucintamente desenhado, se apresentar (aparentemente) infalível, o esquema que nos fornece<sup>164</sup> o legislador depara-se com um derradeiro obstáculo à sua aplicação: a já mencionada perda de chance<sup>165</sup>, que levanta

---

<sup>157</sup> Funda-se na violação de um dever de prestação resultante de uma relação jurídica específica. *Idem*, pp. 279-280 e 350-352.

<sup>158</sup> Para a presente investigação, cingir-nos-emos à dualidade mencionada, onde se insere a responsabilidade civil do médico. A integração da responsabilidade do profissional de saúde tem sido, todavia, objeto de aceso debate na doutrina, dada a possibilidade de, em determinados casos, a responsabilidade obrigacional coexistir com a responsabilidade delitual, dando azo um concurso de responsabilidades. A jurisprudência tem vindo a aplicar o princípio da consunção que se traduz na prevalência da responsabilidade contratual, por se apresentar como mais favorável à defesa do lesado (como se sabe, esta responsabilidade é caracterizada pela presunção de culpa do lesante, constante do artº 799º/1 CC e pelo prazo de prescrição ser o ordinário – artº 309º CC). *Vide*, a título ilustrativo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02 de Junho de 2015, Processo nº 1263/06.3TVPRT.P1.S1 [Maria Clara Sottomayor], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [13.01.19].

<sup>159</sup> LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, cit., p. 283. Note-se que as restantes categorias mencionadas também obrigam à verificação destes pressupostos, observando-se apenas algumas nuances face ao tipo de responsabilidade em causa.

<sup>160</sup> Este que se divide entre ação (artº 483º do CC) e omissão (artº 486º do CC).

<sup>161</sup> Como se retira do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07 de Março de 2017, Processo nº 6669/11.3TBVNG.S1 [Relator: Gabriel Catarino], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [13.01.19].

<sup>162</sup> Esta solução é equivalente à que se observa no ordenamento jurídico alemão (espelhada no §249 (1) do BGB) e idêntica à que vigora em França e Itália. - VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado*, Vol. II, Obrigações, Coimbra: Almedina, 2017.

<sup>163</sup> AMORIM, Luís, *A função punitiva da responsabilidade Civil*, dissertação de mestrado, cit., p.9 e LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 401-404.

<sup>164</sup> TEIXEIRA, Leonor Catela, “Perda de Chance: dano autónomo ou mero suprimento do nexo causal?”, *Revista de Direito Civil*, cit., p.724.

<sup>165</sup> Um termo que deriva da expressão francesa “*perte de chance*”, tendo na sua origem a decisão da *Cour de Cassation*, a 17 de julho de 1989, face a um caso de responsabilidade civil de um mandatário forense, pela perda da oportunidade de levar a cabo um processo judicial. Desde o Séc. XIX, no ordenamento jurídico francês, esta figura tem vindo a ser aplicada também a casos de responsabilidade civil do médico. TEIXEIRA, Leonor Catela, “Perda de Chance: dano autónomo ou mero suprimento do nexo causal?”, *Revista de Direito Civil*, cit., p.725; FERREIRA, Rui Cardona, “A perda de chance na responsabilidade civil por ato médico”, *Revista de Direito Civil*, Ano II, Nº1, Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 132; FERREIRA, Rui Cardona, “A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Vol. IV (Ed. Outubro/Dezembro), Lisboa: Ordem dos Advogados, ISSN: 0870-8118, 2013, p. 1303 e DE SOUZA, Annabelle

imediatamente dúvidas acerca da verificação de dois<sup>166</sup> pressupostos: o dano<sup>167</sup> e o nexo de causalidade<sup>168</sup>.

Em que medida contende esta figura com os referidos pressupostos?

A responsabilidade civil, tal como a conhecemos, expressa uma resposta adequada perante a frustração de um resultado<sup>169</sup>, isto é, perante a verificação efetiva de um dano. O problema coloca-se quando está em causa a frustração da oportunidade de obter um determinado resultado (favorável), e não o malogro do próprio<sup>170</sup>.

Por razões de ordem prática, far-se-á referência, em primeiro lugar, ao segundo pressuposto supramencionado – o nexo de causalidade – uma vez que, só partindo do mesmo se poderá compreender o problema. Ora, por se inserir num processo aleatório – caracterizado pela incerteza da verificação do resultado esperado, não fosse o comportamento de outro sujeito<sup>171</sup> – torna-se impossível o estabelecimento do nexo causal entre o facto ilícito e o dano. O que é certo, porém, é que não existindo essa atuação, o dano teria menos probabilidades de ocorrer<sup>172</sup>.

Uma melhor compreensão do que aqui se expõe poderá ser obtida atendendo ao exemplo que nos dá o Tribunal da Relação de Lisboa, num Acórdão proferido em 2015<sup>173</sup>. No imóvel da

---

[Et al.], “L’évaluation de la perte de chance en responsabilité médicale, une mission à repréciser pour l’Expert”, *Médecine & Droit*, Vol. 139, 2016, p. 2, DOI: [10.1016/j.meddro.2016.02.001](https://doi.org/10.1016/j.meddro.2016.02.001).

<sup>166</sup> Júlio Gomes identifica ainda a interferência desta figura num terceiro pressuposto: a ilicitude. Contudo, para o presente estudo, concentrar-nos-emos nos outros mencionados. GOMES, Júlio, “Sobre o dano da perda de chance”, *Direito e Justiça*, Vol. 19, T. 2, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2005, p. 32.

<sup>167</sup> FERREIRA, Rui Cardona, “A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., p. 1308; GOMES, Júlio, “Sobre o dano da perda de chance”, *Direito e Justiça*, cit., p. 32; LEITÃO, Luís Menezes, “A perda de oportunidade como dano no direito português”, *Responsabilidade Civil – Cinquenta anos em Portugal, quinze no Brasil*, Vol. II, Coimbra: Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p. 149; PINTO, Paulo Mota, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 1104.

<sup>168</sup> TEIXEIRA, Leonor Catela, “Perda de Chance: dano autónomo ou mero suprimento do nexo causal?”, *Revista de Direito Civil*, cit., p.724 e MENESES, Sara, *Perda de oportunidade: uma mudança de paradigma ou um falso alarme?*, cit., p. 4.

<sup>169</sup> PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pp. 180.

<sup>170</sup> *Ibidem*. A autora conclui, devidamente, que “(...) a dificuldade de resposta a tal questão deriva da assinalada incerteza, que rodeia o apuramento da existência e da consistência da possibilidade perdida.”

<sup>171</sup> PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pp. 185.

<sup>172</sup> Leonor Catela Teixeira expõe, na sua obra, um esquema capaz de ilustrar os traços característicos de uma situação de perda de chance - TEIXEIRA, Leonor Catela, “Perda de Chance: dano autónomo ou mero suprimento do nexo causal?”, *Revista de Direito Civil*, cit., p.725.

<sup>173</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de Julho de 2015, Processo nº 6987/13.6TBOER.L1-1[Relator: Manuel Marques], in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [30.01.19], ao qual se faz referência em PEDRO, Rute Teixeira,

Autora havia sido instalado um alarme que, por avaria, não funcionou aquando de um assalto. A Ré já estaria ciente desta danificação, tendo em conta que haviam sido transmitidos sinais de fraca bateria do aparelho e que o seu controlo à distância deixou de se conseguir realizar.

Explicou apropriadamente o Tribunal, que “*Apesar de não ser possível afirmar que o funcionamento do alarme evitaria a acção (furto), ficou certo que a conduta omissiva da ré fez perder a autora a chance de, através do accionamento do alarme, evitar um prejuízo, isto é, a concretização do furto ou pelo menos evitar a extensão dos danos*”<sup>174</sup>.

A realidade fáctica que se analisa é constituída pela existência de um dano – furto - que poderia ocorrer mesmo que o alarme instalado estivesse a funcionar como devido, o que nos impede de, à luz da teoria da causalidade adequada<sup>175</sup>, concluir que o incumprimento dos deveres contratuais por parte da Ré gerou a concretização do furto.

Aqui reside o problema que desafia a lógica “*estritamente binária do tudo ou nada*”<sup>176</sup> inerente à responsabilidade civil. Todavia, e salientando os ensinamentos de Nils Jansen<sup>177</sup>, o Direito não pode deixar de tutelar a chance em casos em que a única coisa a perder é a própria.

### **3.2.1.1. A perda de chance enquanto causalidade parcial**

A doutrina sugere uma solução que se concentra, efetivamente, no plano do nexo de causalidade entre a situação lesiva e a ocorrência do dano que se invoca<sup>178</sup>, que passa pelo

---

“Reflexões sobre a noção da perda de chance à luz da jurisprudência portuguesa”, *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, cit., pp. 195.

<sup>174</sup> *Idem*.

<sup>175</sup> Seguida pela maior parte da doutrina nacional e consagrada pelo legislador no artº 563º do CC, esta teoria consiste na avaliação da realidade que permite demonstrar se determinado facto costuma causar determinado dano. Neste domínio, é normalmente adotada a formulação negativa desta teoria, que obriga à exclusão da responsabilidade quando “(...) para a sua produção (do dano) tiverem contribuído decisivamente circunstâncias anormais, atípicas, excepcionais, extraordinárias ou anómalas, que intercederam no caso concreto.” – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 01 de Julho de 2003, Processo nº 03A1902 [Relator: Azevedo Ramos], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [31.01.2020]. Cfr. FERREIRA, Durval, *Dano da Perda de Chance - 2ª Edição*, Porto: Vida Económica – Editorial, SA, 2017, pp. 72.

<sup>176</sup> FERREIRA, Rui Cardona, “A perda de chance na responsabilidade civil por ato médico”, *Revista de Direito Civil*, cit., p. 147.

<sup>177</sup> JANSEN, Nils, “The idea of a lost chance”, *Oxford Journal of Legal Studies*, cit., p. 292, DOI: <https://doi.org/10.1093/ojls/19.2.271>.

<sup>178</sup> DIAS, João Álvaro, *Dano Corporal: quadro epistemológico e aspetos ressarcitórios*, Coimbra: Almedina, 2001, pp. 252.

“aligeiramento” do nexo causal, quando o seu apuramento esteja sujeito a dificuldades acrescidas, operando através da “facilitação” ao nível da prova<sup>179</sup>. Fazendo referência ao exemplo retirado da nossa jurisprudência, o raciocínio a percorrer passaria pela averiguação da probabilidade de a ausência de reparação do alarme instalado ter provocado o furto – probabilidade esta que se colheria da tipicidade apresentada pela factualidade que se deu como provada<sup>180</sup>.

Esta posição doutrinária assenta na tentativa de evitar a total recusa de uma indemnização, nos casos em que o nexo causal não se afigura suficientemente provado<sup>181</sup> e tem por consequência a substituição do dano concreto “(...) *por um diminutivo abstrato do mesmo*”<sup>182</sup>, evitando desta forma a utilização indevida da perda de chance como forma de justificação de uma indemnização perante a *fattispecie*.

A asserção<sup>183</sup> em estudo é sobretudo notória no domínio da responsabilidade civil do médico<sup>184</sup>, por ser mais complexa a verificação da concreta contribuição do ato do profissional de saúde no processo aleatório para a verificação do dano final, especialmente quando este se

---

<sup>179</sup> PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., p. 406.

<sup>180</sup> COSTA, Patrícia, *Dano de perda de chance e a sua perspetiva no Direito Português*, dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2010, p.90.

<sup>181</sup> MONTEIRO, Sinde, *Responsabilidade por Conselhos Recomendações ou Informações*, Coimbra: Almedina, 1989, p. 298.

<sup>182</sup> *Ibidem*, atribuindo-se, assim, uma verdadeira indemnização parcial.

<sup>183</sup> Denominada de “teoria falsa” por Rute Teixeira Pedro. Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., p. 205.

<sup>184</sup> Esta é a doutrina dominante no ordenamento jurídico Alemão, onde se opta pela alteração do ónus da prova, através da sua inversão ou facilitação (intitulada de “prova aparente”) como resposta ao problema identificado, sendo suficiente a demonstração de que a situação lesiva aumentou o risco de produção de um determinado dano ou extinguiu uma considerável oportunidade de alcançar um resultado porventura mais favorável. GOMES, Júlio, “Sobre o dano da perda de chance”, *Direito e Justiça*, cit., pp. 43-44, MONTEIRO, Sinde, *Responsabilidade por Conselhos Recomendações ou Informações*, cit., p. 296, PINTO, Paulo Mota, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, cit., pp. 1104. KOZIOL, por sua vez, propõe a aplicação da teoria da causalidade alternativa para casos tipificados como perda de chance, atribuindo ao lesado uma indemnização parcial, fundamentada na função preventiva da responsabilidade. Propugna que existindo efetivamente uma conduta ilícita e culposa, não se deverá isentar o lesante, pela não verificação do nexo causal. Este pensamento é claramente intransponível para o nosso ordenamento jurídico, mas na Alemanha é sustentado pelo §830º I do BGB, que permite a responsabilização solidária do coautor ou participante, mesmo que não se consiga verificar o nexo de causalidade. Citando este autor, vide FERREIRA, Rui Cardona, “A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., pp. 1324-1325, FERREIRA, Rui Cardona, “The loss of chance in civil law countries: a comparative and critical analysis”, *Maastricht Journal of International and Comparative Law*, Vol. 20, Nº1, 2013, pp. 72-73. DOI:10.1017/s0008197307000992 e COSTA, Patrícia, “A causalidade alternativa e jurisprudência dos Tribunais Superiores – ou “três caçadores entram num bar...” *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, cit., pp. 104-105.

consubstancia na possibilidade de cura ou de sobrevivência<sup>185</sup>. Neste plano, o que realmente se observa é a ocorrência “(...) de um dano certo, produzido por uma causalidade incerta”<sup>186</sup>.

Em Portugal, esta teoria é atualmente considerada minoritária, observando-se a tendência natural por parte dos autores que rejeitam a doutrina que estudaremos seguidamente, a considerar esta solução como mais favorável para responder ao problema colocado<sup>187</sup>.

Por sua vez, as críticas apontadas ao aligeiramento do nexo de causalidade recaem na ideia de causalidade parcial que esta teoria sugere, e que a responsabilidade civil não admite<sup>188</sup>, podendo a facilitação da prova do nexo de causalidade conduzir a duas respostas: (1) diminuição abrupta da indemnização que resultaria do dano causado<sup>189</sup> ou (2) atribuição de uma indemnização integral em todos os casos em que se colocam dúvidas acerca do nexo causal<sup>190</sup>.

### 3.2.1.2. A perda de chance enquanto dano autónomo

Por forma a evitar uma lacuna na proteção de uma situação merecedora de tutela jurídica<sup>191</sup>, parte da doutrina<sup>192</sup> apresenta-nos outra solução para a defesa de chances (juridicamente relevantes), que reside na autonomização do dano da perda de oportunidade<sup>193</sup>,

---

<sup>185</sup> PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., p. 281.

<sup>186</sup> *Idem*, p. 282, citando Zeno-Zencovich.

<sup>187</sup> Como é o caso de Paulo Mota Pinto, que identifica esta teoria como um caminho mais fácil a percorrer perante situações tipificadas como perda de chance. PINTO, Paulo Mota, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, cit., pp. 1103-1107.

<sup>188</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica”, *Revista do Ministério Público*, Ano 35, Nº 138, 2014, p. 18.

<sup>189</sup> PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., p. 285.

<sup>190</sup> MONTEIRO, Sinde, *Responsabilidade por Conselhos Recomendações ou Informações*, Vol. II, cit., p. 299, citando Georges Durry.

<sup>191</sup> TEIXEIRA, Leonor Catela, “Perda de Chance: dano autónomo ou mero suprimimento do nexo causal?”, *Revista de Direito Civil*, cit., p. 724.

<sup>192</sup> Não nos podemos, todavia, olvidar que a perda de chance foi identificada e desenvolvida, inicialmente, pela jurisprudência, traço caracterizador da figura em Portugal, mas também noutros ordenamentos jurídicos, como o francês e o italiano. PEDRO, Rute Teixeira, “Reflexões sobre a noção da perda de chance à luz da jurisprudência portuguesa”, *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, cit., pp. 185; FERREIRA, Rui Cardona, “A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., p. 1304.

<sup>193</sup> Cumpre evidenciar, desde logo, e fora do âmbito da doutrina nacional, a construção da perda de chance por Nils Jansen como um dano autónomo, que procura evitar a alteração substancial do sistema de responsabilidade civil, mormente no que toca à determinação do nexo de causalidade. Esta teoria é inovadora na medida em que se baseia na proteção normativa de bens jurídicos e deveres violados, tutelando a chance de maneira independente



passando a considerá-lo como independente do dano final<sup>194</sup> apesar de, como referimos, aquele se inserir num processo aleatório. A consagração da perda de oportunidade como um dano autónomo permite ultrapassar o problema de preenchimento do requisito do nexo de causalidade, na medida em que o facto ilícito praticado por terceiro passa a se reportar unicamente ao dano da perda de chance, o que leva a que o lesante seja obrigado a indemnizar tendo em conta o seu papel na redução da possibilidade de obter de um resultado favorável, ou de evitar um resultado desfavorável<sup>195</sup>. Utilizando o exemplo de que nos munimos previamente, a Ré, que não deu ordem para arranjar o alarme, teria de indemnizar a Autora, não pelo dano final (furto), mas sim por ter coartado a possibilidade de evitar o mesmo.

Rute Teixeira Pedro advoga esta teoria, defendendo que é com recurso à mesma que se consegue desmistificar o problema suscitado pela afirmação do nexo de causalidade<sup>196</sup>, nomeadamente através da incorporação da chance no próprio bem lesado<sup>197</sup>. Este entendimento também é sufragado por Luís Menezes Leitão<sup>198</sup> e por Leonor Catela Teixeira<sup>199</sup>, que contemplam a oportunidade como um benefício já adquirido pelo lesado, integrante da sua

---

face ao dano final. Cfr. JANSEN, Nils, “The idea of a lost chance”, *Oxford Journal of Legal Studies*, cit., passim, DOI: <https://doi.org/10.1093/ojls/19.2.271>, TEIXEIRA, Leonor Catela, “Perda de Chance: dano autónomo ou mero suprimimento do nexo causal?”, *Revista de Direito Civil*, cit., p. 733 e FERREIRA, Rui Cardona, “A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., pp. 1320-1322.

<sup>194</sup> Esta orientação tem por origem a jurisprudência francesa, tendo a mesma sido seguida pela *Cour de Cassation* desde a década de 60. Vide DE SOUZA, Annabelle [Et al.], “L’évaluation de la perte de chance en responsabilité médicale, une mission à préciser pour l’Expert”, *Médecine & Droit*, cit., p. 3, DOI: [10.1016/j.meddro.2016.02.001](https://doi.org/10.1016/j.meddro.2016.02.001) e MONTEIRO, Sinde, *Responsabilidade por Conselhos Recomendações ou Informações*, Vol. II, cit., p. 298.

<sup>195</sup> TEIXEIRA, Leonor Catela, “Perda de Chance: dano autónomo ou mero suprimimento do nexo causal?”, *Revista de Direito Civil*, cit., p. 724.

<sup>196</sup> PEDRO, Rute Teixeira, “Reflexões sobre a noção da perda de chance à luz da jurisprudência portuguesa”, *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, cit., pp. 192.

<sup>197</sup> A própria colocação da chance como um dano, mesmo que autónomo, leva a divergências doutrinárias no que concerne à sua qualificação – como dano emergente ou lucro cessante. É nesta medida que se coloca o problema quanto à verificação do segundo pressuposto a analisar, o dano, cujo estudo se fará adiante.

<sup>198</sup> LEITÃO, Luís Menezes, “A perda de oportunidade como dano no direito português”, *Responsabilidade Civil – Cinquenta anos em Portugal, quinze no Brasil*, Vol. II, cit., p. 150.

<sup>199</sup> TEIXEIRA, Leonor Catela, “Perda de Chance: dano autónomo ou mero suprimimento do nexo causal?”, *Revista de Direito Civil*, cit., p. 736.

esfera patrimonial<sup>200</sup>. Desta maneira torna-se viável a atribuição de uma indemnização, mantendo-nos fiéis ao processo a que a lógica da responsabilidade civil obriga<sup>201</sup>.

Nuno Santos Rocha considera, igualmente, que a chance só poderá ser ressarcível se a identificarmos com um “*dano em si*”<sup>202</sup>, e reconhece-a como preexistente no património do lesado<sup>203</sup>, o que a torna numa entidade economicamente valorável. Reivindicando a autonomização do dano da perda de chance, João Álvaro Dias afirma que este é um dano tão digno de indemnização como qualquer outro, desde que se logre fazer prova dos requisitos necessários para a atribuição de uma indemnização, com destaque para o nexo de causalidade e para a própria certeza do dano que se invoca, propondo que a indagação seja efetuada no sentido de saber se a conduta lesiva provocou, efetivamente, a situação danosa<sup>204</sup>.

Sinde Monteiro integra também a corrente doutrinária<sup>205</sup> que segue o entendimento exposto, referindo que a solução, “(*...*) *pelo prisma do dano (...)*”<sup>206</sup>, dos problemas que abrotam da perda de chance, parece ser a única via para atribuir uma indemnização em situações deste calibre, tendo em conta a existência e o “(*...*) *grau da álea que afeta a realização (...)*”<sup>207</sup> da chance perdida.

O entendimento doutrinário exposto permite-nos concluir que embora o problema surja da dificuldade quanto ao estabelecimento do nexo de causalidade, a solução defendida por estes autores já se insere no plano do primeiro pressuposto mencionado – o dano – concretizando-se, verdadeiramente, na sua antecipação e na averiguação da sua ressarcibilidade<sup>208</sup>. Desta maneira,

---

<sup>200</sup> *Idem*, p. 737; LEITÃO, Luís Menezes, A perda de oportunidade como dano no direito português, *Responsabilidade Civil – Cinquenta anos em Portugal, quinze no Brasil*, Vol. II, *cit.*, p. 150.

<sup>201</sup> Sendo esta proposta de resolução, para os autores que a defendem, a única que se coaduna com o nosso sistema jurídico. PEDRO, Rute Teixeira, A Responsabilidade Civil do Médico – *Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, *cit.*, pp. 208.

<sup>202</sup> ROCHA, Nuno Santos, A «Perda De Chance» Como Uma Nova Espécie De Dano, Lisboa: Edições Almedina, 2014, p. 91.

<sup>203</sup> *Idem*, p. 92. Defende este Autor que, para além de a chance se reportar à possibilidade de obter uma vantagem ou evitar uma desvantagem, é um real elemento constituinte do património da vítima, já existente à altura da lesão.

<sup>204</sup> DIAS, João Álvaro, *Dano Corporal: quadro epistemológico e aspetos ressarcitórios*, *cit.*, pp. 250-255.

<sup>205</sup> LEITÃO, Luís Menezes, “A perda de oportunidade como dano no direito português”, *Responsabilidade Civil – Cinquenta anos em Portugal, quinze no Brasil*, Vol. II, *cit.*, p. 147.

<sup>206</sup> MONTEIRO, Sinde, *Responsabilidade por Conselhos Recomendações ou Informações*, Vol. II, *cit.*, p. 298.

<sup>207</sup> *Ibidem*.

<sup>208</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica”, *Revista do Ministério Público*, *cit.*, p. 16.

o raciocínio clássico da responsabilidade civil não se contemplará inquinado por uma eventual diminuição do grau de exigência requerido para verificação do nexo causal<sup>209</sup>.

Para que a perda de uma oportunidade se possa sagrar como dano autónomo, será imprescindível, para estes autores, que a mesma seja suscetível de se concretizar num valor pecuniário, mesmo que não se traduza numa perda financeira<sup>210</sup>. Sem se desvirtuarem da complexidade que abrange a integração de uma chance no património do lesado, defendem que a sua ressarcibilidade não merecerá oposição quando se observe que o dano foi resultante da violação de um vínculo obrigacional ou de uma norma legal<sup>211</sup>.

A perda de oportunidade deverá, também, ser atual (ou seja, presente e não futura<sup>212</sup>) e dotada de seriedade, pelo que o lesado terá de se demonstrar capaz de provar que existia, de facto, uma possibilidade de obter uma vantagem ou evitar uma desvantagem.<sup>213</sup>

A doutrina que admite a autonomização do dano da perda de chance mantém, como vimos, o normal funcionamento da responsabilidade civil. Torna-se, todavia, imprescindível proceder à caracterização do dano em apreço, uma vez que, como se sabe, o dano constitui um pressuposto incontornável do instituto em análise, embora o legislador não nos ofereça uma definição concreta deste requisito<sup>214</sup>.

Os autores que sustentam esta tese caracterizam, desde logo, a perda de chance como um dano autónomo correspondente à frustração de uma situação intermédia<sup>215</sup>, distinto do dano

---

<sup>209</sup> *Idem*, p.17.

<sup>210</sup> *Idem*, p. 19.

<sup>211</sup> PEDRO, Rute Teixeira, A Responsabilidade Civil do Médico – *Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., p. 214.

<sup>212</sup> *Idem*, p. 211 e RAPOSO, Vera Lúcia, “Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica”, *Revista do Ministério Público*, cit., p. 19.

<sup>213</sup> Para Rute Teixeira Pedro bastará a verificação de uma probabilidade acima dos zero por cento, desde que o lesante não logre provar o contrário. Esta posição é excludente da solução tradicional encontrada no Direito anglo-saxónico (apelada de “*More-Than-Likely Rule*”, nunca aceita a autonomização do dano da perda de chance) que só admite a atribuição de uma indemnização nos casos em que se dá como provado que o facto ilícito praticado reduziu em mais de cinquenta por cento a probabilidade de o lesado atingir um resultado mais favorável do que o obtido, passando, a partir dessa percentagem, a equiparar a redução da probabilidade a cem por cento. PEDRO, Rute Teixeira, A Responsabilidade Civil do Médico – *Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., p. 217 e TEIXEIRA, Leonor Catela, “Perda de Chance: dano autónomo ou mero suprimento do nexo causal?”, *Revista de Direito Civil*, cit., pp.729-730.

<sup>214</sup> Iniciamos, assim, o estudo das questões que se colocam ao nível deste pressuposto. FERREIRA, Rui Cardona, “A perda de chance na responsabilidade civil por ato médico”, *Revista de Direito Civil*, cit., p. 148.

<sup>215</sup> PEDRO, Rute Teixeira, A Responsabilidade Civil do Médico – *Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pp. 221.

final, com valor em si mesmo<sup>216</sup>. Esta caracterização impede que a indemnização resultante do funcionamento da responsabilidade civil seja considerada parcial, uma vez que a mesma é atribuída face ao malogro de uma oportunidade, sendo por isso calculada enquanto tal, apesar do seu valor nunca vir a ser idêntico ao que decorreria da efetiva verificação do dano final associado<sup>217</sup>. Identificam-se, ainda, outras consequências a nível processual, nomeadamente a equiparação de pedidos face aos dois danos (condenação do Réu ao pagamento de uma indemnização), ao passo da disparidade entre as causas de pedir relativas a cada um<sup>218</sup> (consubstanciando-se a primeira na frustração de uma oportunidade que ao Autor pertencia e a segunda na verificação de um resultado danoso de outra índole).

O dano da perda de chance deve, também, ser caracterizado como um dano presente, uma vez que a frustração da oportunidade é imediata ao facto ilícito praticado<sup>219</sup>, verificando-se já à data em que se estabelece a indemnização. Por nos ser possível individualizar a perda de uma oportunidade atual, surge inevitável a sua caracterização como um dano certo<sup>220</sup>.

Resta-nos imergir na classificação tendencialmente geradora de maior controvérsia – a caracterização do dano da perda de chance como lucro cessante ou dano emergente<sup>221</sup>. A distinção entre estes dois tipos de danos opera ao nível da existência do bem na esfera jurídica do lesado ao tempo do seu desaparecimento, tratando-se de um dano emergente quando o bem já existia na sua esfera jurídica e de um lucro cessante quando tal não se verificava<sup>222</sup>.

---

<sup>216</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica”, *Revista do Ministério Público*, cit., p. 22.

<sup>217</sup> Apesar de Luís Menezes Leitão constatar que “(...) a perda de oportunidade deve ser admitida como dano, (...) nunca devendo ser concedida mesmo perante fortíssimas probabilidades, mais do que uma indemnização parcial”, acreditamos que a expressão “indemnização parcial” resulta apenas da sua comparação com a indemnização que resultaria da verificação do dano final, não nos parecendo que o Autor afirme a sua efetiva caracterização como tal. In: LEITÃO, Luís Menezes, “A perda de oportunidade como dano no direito português”, *Responsabilidade Civil – Cinquenta anos em Portugal, quinze no Brasil*, Vol. II, cit., p. 150.

<sup>218</sup> PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pp. 222-223.

<sup>219</sup> *Idem*, pp. 223-224 e RAPOSO, Vera Lúcia, “Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica”, *Revista do Ministério Público*, cit., p. 19.

<sup>220</sup> Nas palavras de Rute Teixeira Pedro: “(...) o dano é certo, apesar do objecto do juízo de certeza ser, em si mesmo, um *quid incerto*” - PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., p. 227.

<sup>221</sup> Apesar de, por norma, se verificar serem igualmente indemnizáveis, à luz do artº 564º/1 do CC.

<sup>222</sup> FERREIRA, Rui Cardona, “A perda de chance na responsabilidade civil por ato médico”, *Revista de Direito Civil*, cit., p. 150, e LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, cit., p. 331.

Rui Cardona Ferreira<sup>223</sup> sustenta que um hipotético dano de perda de chance não se poderia inserir na categoria de dano emergente, dado que esta classificação implica a sua suscetibilidade de avaliação pecuniária<sup>224</sup>, dificilmente concretizável, no seu entender, quanto ao dano em questão.

A doutrina que defende a teoria em análise tende, porém, a caracterizar o dano da perda de oportunidade como dano emergente, tendo em conta que, para estes, trata-se de um dano de natureza patrimonial, existindo já a oportunidade no património do lesado à data da sua frustração<sup>225</sup>.

Pese embora existam dois polos doutrinários no que concerne à consagração da perda de chance como um dano autónomo, cumpre primeiro fazer alusão às posições consideradas intermédias<sup>226</sup> dentro desta temática, para então procedermos à análise da corrente que a rejeita absolutamente.

Salienta-se, desde já, o parecer de Júlio Gomes, que não encontra fundamentos para a admissibilidade de uma pretensão indemnizatória baseada no dano da oportunidade frustrada, na medida em que este seja invocado por forma a implantar uma noção de causalidade probabilística ou facilitação do ónus da prova<sup>227</sup>. Não obstante, encontra, no nosso Direito, espaço para a sua aplicação residual e pontual, quando a chance já se encontra de tal forma densificada que surge como um bem tutelável no património do lesado<sup>228</sup>.

---

<sup>223</sup> Que, como teremos possibilidade de ver, não é totalmente a favor da autonomização do dano da perda de chance, adotando antes uma perspectiva intermédia face a este entendimento.

<sup>224</sup> FERREIRA, Rui Cardona, “A perda de chance na responsabilidade civil por ato médico”, *Revista de Direito Civil*, cit., p. 150, FERREIRA, Rui Cardona, “A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., p. 1311.

<sup>225</sup> Neste sentido, RAPOSO, Vera Lúcia, “Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica”, *Revista do Ministério Público*, cit., p. 23, LEITÃO, Luís Menezes, “A perda de oportunidade como dano no direito português”, *Responsabilidade Civil – Cinquenta anos em Portugal, quinze no Brasil*, Vol. II, cit., p. 150, PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pp. 224-226, TEIXEIRA, Leonor Catela, “Perda de Chance: dano autónomo ou mero suprimento do nexo causal?”, *Revista de Direito Civil*, cit., p. 736.

<sup>226</sup> LEITÃO, Luís Menezes, *A perda de oportunidade como dano no direito português*, *Responsabilidade Civil – Cinquenta anos em Portugal, quinze no Brasil*, Vol. II, cit., p. 147.

<sup>227</sup> GOMES, Júlio, “Sobre o dano da perda de chance”, *Direito e Justiça*, cit., p. 43

<sup>228</sup> Transpondo a sua opinião para o plano prático, refere como exemplo os casos em que se extravía um bilhete de lotaria. GOMES, Júlio, “Sobre o dano da perda de chance”, *Direito e Justiça*, cit., p. 44; LEITÃO, Luís Menezes, *A perda de oportunidade como dano no direito português*, *Responsabilidade Civil – Cinquenta anos em Portugal, quinze no Brasil*, Vol. II, cit., p. 147; FERREIRA, Rui Cardona, “A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., p. 1307.

Por sua vez, Rui Cardona Ferreira invoca que o nosso ordenamento jurídico não permite reiterar a aceitação da perda de chance como um dano indemnizável<sup>229</sup>, salvo no domínio da responsabilidade civil médica, em casos de danos não patrimoniais<sup>230</sup>. Sugere, todavia, que a autonomização da perda de chance poderá ser relevante, “(...) *quando esteja em causa um dano patrimonial, através da admissibilidade de uma modelação do critério de causalidade com base na ideia de criação ou elevação ilícita de um risco de materialização do dano final*”<sup>231</sup>  
<sup>232</sup>.

Como nos foi possível constatar, a autonomização do dano da perda de chance, individualizando-o e tornando-o, num processo causal, independente do dano final, tem encontrado na doutrina muitos adeptos (situando-se alguns Autores numa posição de evidente aceitação, outros, como vimos, numa posição de aceitação mediante algumas reservas) mas nem por isso este tema deixou de ser alvo de enorme controvérsia. Neste sentido, indispensável será abordar a doutrina que não admite esta forma de superar as dificuldades suscitadas pela averiguação do nexo de causalidade.

António Menezes Cordeiro, por exemplo, adverte que a pretexto da perda de chance poder-se-á criar uma situação de verdadeiro suprimento do risco, colocando o lesado numa situação mais favorável do que a que se verificaria “(...) *se a norma jurídica tivesse sido observada* (...)”<sup>233</sup>. Não aceita, assim, que a perda de chance se converta pura e simplesmente numa chance, acautelando a possibilidade de a dispensa da prova do nexo causal acabar por se concretizar numa distribuição do risco que não foi prevista em termos legislativos<sup>234</sup> <sup>235</sup>.

---

<sup>229</sup> FERREIRA, Rui Cardona, “A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., p. 1313.

<sup>230</sup> *Ibidem*. Noutra sede, o mesmo Autor começa por referir que o enquadramento da perda de chance não é transponível para a responsabilidade civil do médico. Mais adiante expõe que “(...) *no concreto domínio da responsabilidade por ato médico, e desde que tal seja abertamente assumido, nada temos a opor a uma conceção estritamente normativa da perda de chance (...) que funda o direito a indemnização (...) no próprio âmbito de proteção normativa dos bens jurídicos lesados ou dos deveres violados*”, reiterando novamente o entendimento que se expôs *supra* - em FERREIRA, Rui Cardona, “A perda de chance na responsabilidade civil por ato médico”, *Revista de Direito Civil*, cit., pp. 153-155.

<sup>231</sup> *Idem*, p. 1325.

<sup>232</sup> No mesmo sentido, FERREIRA, Rui Cardona, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, *passim*.

<sup>233</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil II – Parte Geral – Negócio Jurídico*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 288.

<sup>234</sup> *Ibidem*.

<sup>235</sup> Não nos podemos olvidar que este Autor propõe, *ab initio*, uma reforma dos pressupostos da responsabilidade civil. Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil I*, Coimbra: Almedina, 2012, p.398.

Esta opinião vai de encontro à de Carneiro da Frada, que reitera o facto de a autonomização da perda de chance conduzir à consagração da mera possibilidade como um “(...) *bem jurídico tutelável* (...)”<sup>236</sup>. Admite, contudo, que a proteção jurídica da perda de oportunidade se pode desencadear, de acordo com a vontade das partes, no plano da responsabilidade civil contratual. Por sua vez, a responsabilidade civil extracontratual não dará margem para que se sagre a proteção da chance, na medida em que para além da esfera tuteladora do artº 483º/1 do CC, “*tudo depende da possibilidade de individualizar uma norma cujo escopo seja precisamente a salvaguarda da chance*”<sup>237</sup>.

Paulo Mota Pinto também apresenta uma opinião firme em sentido desfavorável à autonomização do dano da perda de chance. Na sua obra<sup>238</sup>, critica esta teoria por decorrer de uma ideia de justiça corretiva, afirmando que a consagração da frustração de uma oportunidade como relevante previamente à ocorrência de qualquer resultado nunca deverá ser o caminho a percorrer. Repara que a adoção de uma perspetiva neste sentido colocaria o lesante numa posição de garante “(...) *da mera probabilidade de sucesso do lesado, concedendo a este mais do que a chance realmente representava e portanto, do que exige a “justiça corretiva”* (...)”<sup>239</sup> e afirma, ainda, que não existe, no nosso ordenamento jurídico, uma base jurídico-positiva para apoiar esta solução<sup>240</sup>.

Descritas as propostas de solução face à dificuldade de preenchimento dos pressupostos enunciados, posicionamo-nos ao lado da doutrina que identifica a perda de chance como um dano em si, autónomo do dano final.

Ora vejamos: a chance não é alheia ao Direito, integrando-se por diversas situações no seu campo jurídico de proteção. Pense-se, a título de exemplo, num negócio jurídico<sup>241</sup> onde as partes estipulam uma condição colocando a sua eficácia dependente de um evento futuro e

---

<sup>236</sup> FRADA, Manuel Carneiro da, *Direito Civil - Responsabilidade Civil - O Método do Caso*, Lisboa: Edições Almedina, 2014, p. 104.

<sup>237</sup> *Ibidem*.

<sup>238</sup> PINTO, Paulo Mota, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, cit., pp. 1103-1107.

<sup>239</sup> *Idem*, p. 1106.

<sup>240</sup> *Ibidem*.

<sup>241</sup> PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., p. 182.

incerto, pelo que a sua verificação determina a produção dos seus efeitos (condição suspensiva) ou a cessação dos mesmos (condição resolutiva)<sup>242</sup>.

Apesar de o nosso sistema jurídico identificar estas chances, não consegue dar resposta quando o objeto do problema se funda na frustração das mesmas<sup>243</sup>. Cabe, porém, ao legislador e ao julgador, assegurar que toda a lesão proveniente de um ato ilícito ou culposo seja reparada, garantindo, em primeira linha, a tutela do lesado. A aplicação de justiça corretiva é destacada como um argumento em desfavor da autonomização da perda de oportunidade, mas qual será o verdadeiro papel do Direito se, perante uma situação de efetiva lesão, não atua, deixando o lesado desprovido de proteção?

Ao separarmos dois processos causais – o que levou à frustração de uma oportunidade e o que levou a ocorrência de um dano final – é-nos possível estabelecer, sem grandes dificuldades, o nexos de causalidade entre o facto ilícito e culposo e o dano consequente da frustração de uma oportunidade<sup>244</sup>; ao passo que o estabelecimento deste pressuposto face ao dano final se apresenta demasiado complexo<sup>245</sup> e (inúmeras vezes) impossível. Este raciocínio permite-nos concluir que a lógica a que obriga a responsabilidade civil não encontra dificuldades na sua aplicação, quando o mecanismo é utilizado no primeiro processo causal, o que esvazia o argumento da ausência ou facilitação do nexos de causalidade<sup>246</sup>.

A autonomização da perda de oportunidade parece-nos, assim, ser o entendimento a seguir, em hipóteses como as verificadas, na medida em que, não prejudicando as regras do instituto em questão<sup>247</sup>, logra preencher quer o requisito supramencionado, quer o requisito do dano, permitindo a tutela do lesado<sup>248</sup> que efetivamente vê frustrada uma oportunidade<sup>249</sup> carecedora de proteção.

---

<sup>242</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Dezembro de 2009, Processo nº 312-C/2000.C1-A.S1 [Relator: Moreira Alves], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [08.02.2020].

<sup>243</sup> PEDRO, Rute Teixeira, A Responsabilidade Civil do Médico – *Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., p. 182.

<sup>244</sup> A não reparação do alarme levou à frustração da possibilidade de a Autora evitar o roubo ou diminuir o prejuízo.

<sup>245</sup> Não se poderá afirmar que a não reparação do alarme levou à ocorrência do assalto.

<sup>246</sup> Tal como defende Luís Menezes Leitão, em LEITÃO, Luís Menezes, “A perda de oportunidade como dano no direito português”, *Responsabilidade Civil – Cinquenta anos em Portugal, quinze no Brasil*, Vol. II, cit., p. 150.

<sup>247</sup> TEIXEIRA, Leonor Catela, “Perda de Chance: dano autónomo ou mero suprimento do nexos causal?”, *Revista de Direito Civil*, cit., p. 736.

<sup>248</sup> *Ibidem*.

<sup>249</sup> Possibilidade esta que, também para nós, deverá ser tutelada quando seja séria, constituindo um dano presente, patrimonial, certo e emergente, assim evitando que qualquer chance (“*mera chance*” – nas palavras de António



### 3.3. A APLICAÇÃO DA PERDA DE CHANCE NA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

Esclarecidas as vicissitudes que a perda de chance coloca, é possível observar que as correntes doutrinárias são díspares no que toca ao apuramento de uma solução com perfeita aplicabilidade em situações fundadas na frustração de uma oportunidade. Todavia, uma análise jurisprudencial sobre a matéria em estudo, que vai muito além desta pequena viagem<sup>250</sup>, permite-nos detetar uma tendência recente, nos tribunais portugueses, em prol da autonomização da perda de chance como fundamento para a atribuição de uma indemnização<sup>251</sup>.

Recorremos, então, a alguns exemplos recolhidos da nossa jurisprudência, que permitem a identificação de variadas situações em que se ponderou acerca do emprego da perda de chance, verificando-se, em muitas delas, a sua concreta aplicação.

Vejamos, a título ilustrativo, o Acórdão do Supremo Tribunal Central Administrativo<sup>252</sup> de 2015: perante a inexecução de uma sentença que obrigava à alteração do júri e dos critérios de escolha de um concurso público, o tribunal considerou necessário apreciar a probabilidade de a exequente vir a auferir rendimento do mesmo, fazendo referência à perda de oportunidade de a mesma ganhar o concurso<sup>253</sup> como um dano indemnizável. Casos em que se observa o

---

Menezes Cordeiro) se arrogue desta proteção. Caberá, por sua vez, ao lesado, fazer prova bastante da “(...) *chance séria, consistente e pessoal de obtenção do resultado final* (...)”, recaindo sobre este o ónus da prova, como resulta do artº 342º/1 do CC. - PEDRO, Rute Teixeira, “Reflexões sobre a noção da perda de chance à luz da jurisprudência portuguesa”, *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, cit., pp. 204.

<sup>250</sup> Para uma análise detalhada sobre a aplicação da perda de chance nas três categorias que analisaremos, vide PEDRO, Rute Teixeira, “Reflexões sobre a noção da perda de chance à luz da jurisprudência portuguesa”, *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, cit., pp. 194-198 e FERREIRA, Durval, *Dano da Perda de Chance - 2ª Edição*, cit., 2017, pp. 31-51. Sobre a perda de chance processual e a sua aplicação na jurisprudência, indubitavelmente objeto de mais investigações em Portugal, vide FERREIRA, Rui Cardona, “A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., p. 1301-1303; BRANCO, Isabel, “A ideia de “perda de chance” e a sua aplicação jurisprudencial em sede de mandato judicial”, *Seminário Geral – Módulo sobre Risco, Transparência, Litigiosidade*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 19-35 e SEABRA, Miguel, *Análise jurisprudencial sobre o tema da perda de chance processual*, dissertação de mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2019, pp. 13-44.

<sup>251</sup> FERREIRA, Rui Cardona, “A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., p. 1303 e PEDRO, Rute Teixeira, “Reflexões sobre a noção da perda de chance à luz da jurisprudência portuguesa”, *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, cit., pp. 194.

<sup>252</sup> Acórdão do Supremo Tribunal Central Administrativo, de 09 de Outubro de 2015, Processo nº 00814/2000-Coimbra [Relator: Joaquim Cruzeiro], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [17.01.2020].

<sup>253</sup> Note-se que, como em todos os casos típicos de perda de chance, nunca seria certo que a exequente ganharia, realmente, o concurso, mesmo que se efetuassem as alterações sentenciadas.

afastamento de concursos com repercussões no plano profissional são denominados por Rute Teixeira Pedro de “*perda de chance de um ganho*”<sup>254</sup>.

Outra categoria desta figura, a “*perda de chance processual*”<sup>255</sup>, encontra-se espelhada num Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça<sup>256</sup>, de 2017, pertencente ao vasto leque de jurisprudência que aborda as situações em que está em causa a responsabilidade civil de um mandatário forense<sup>257</sup> que, violando os deveres a que se encontra adstrito por força da sua profissão<sup>258</sup>, frustra a pretensão do seu cliente<sup>259</sup>. No caso em apreço, um advogado não recorreu de uma sentença para o tribunal hierarquicamente superior, levando a que o cliente perdesse a oportunidade de vir a ganhar uma indemnização maior do que a obtida em primeira instância. O tribunal invocou a perda de chance, neste caso, como um “*(...) dano aferível pela probabilidade séria e real de o tribunal da 2.ª instância vir a conceder aos A.A. uma indemnização superior à que fora arbitrada*”<sup>260</sup>, caso o advogado tivesse atuado com a diligência devida, interpondo recurso atempadamente.

Apesar de não se observar um verdadeiro acolhimento na jurisprudência portuguesa<sup>261</sup>, através do seu estudo é ainda possível identificar uma última categoria da figura em análise, que apresenta normalmente como base atos<sup>262</sup> de profissionais de saúde (nomeadamente,

---

<sup>254</sup> Nesta categoria também se podem incluir casos em que se verifica a impossibilidade ilícita de promoção de carreira, por exemplo, como também casos de incumprimento de um contrato, tendo a sua celebração impedido a consagração de um contrato alternativo. PEDRO, Rute Teixeira, “Reflexões sobre a noção da perda de chance à luz da jurisprudência portuguesa”, *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, cit., pp. 194; FRADA, Manuel Carneiro da, *Direito civil - responsabilidade civil - o método do caso*, cit., p. 104.

<sup>255</sup> PEDRO, Rute Teixeira, “Reflexões sobre a noção da perda de chance à luz da jurisprudência portuguesa”, *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, cit., pp. 188.

<sup>256</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de Janeiro de 2017, Processo nº 12198/14.6T8LSB.L1.S1 [Relator: Tomé Gomes], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [23.01.19].

<sup>257</sup> FERREIRA, Rui Cardona, “A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., p. 1301.

<sup>258</sup> Tendo em conta as obrigações resultantes do contrato de mandato (aludidas, desde logo, no artº 1161º do CC), bem como as que advêm do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei nº 145/2015 de 9 de Setembro, cuja consulta é possível em <https://portal.oa.pt/ordem/regras-profissionais/estatuto-da-ordem-dos-advogados/> [24.01.19].

<sup>259</sup> PEDRO, Rute Teixeira, “Reflexões sobre a noção da perda de chance à luz da jurisprudência portuguesa”, *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, cit., pp. 188.

<sup>260</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de Janeiro de 2017, Processo nº 12198/14.6T8LSB.L1.S1 [Relator: Tomé Gomes], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [24.01.19].

<sup>261</sup> Esta relutância já não se observa noutros ordenamentos jurídicos, verificando-se, por sua vez, que “*(...) no quadro da responsabilidade civil por ato médico, a jurisprudência vem socorrendo-se da figura, praticamente sem hesitação, há já cerca de meio século*”, segundo Rui Cardona Ferreira em FERREIRA, Rui Cardona, “A perda de chance na responsabilidade civil por ato médico”, *Revista de Direito Civil*, cit., pp. 138-139.

<sup>262</sup> Consubstanciando-se, geralmente, em omissões. *Idem*, p. 148.

médicos) ilícitos e culposos<sup>263</sup> regularmente causadores da perda de uma oportunidade de cura ou de sobrevivência<sup>264</sup>.

Será o caso de uma sentença da 1.<sup>a</sup> Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de Julho de 2015<sup>265</sup>, em que se relata a situação de uma paciente que apesar de se dirigir a uma instituição hospitalar privada já apresentando um quadro de pneumonia grave, detetável através de uma radiografia ou tão-só por auscultação com um estetoscópio, teve alta uma hora mais tarde, medicada para uma “*amigdalite pultácea*”<sup>266 267</sup>.

Oito horas passadas, deu novamente entrada na instituição hospitalar, onde foi finalmente diagnosticada com “*pneumonia, geradora de hipoxia*”<sup>268 269</sup>. Apesar desta correta avaliação, a paciente não sobreviveu, vindo a falecer dezasseis dias mais tarde, por choque séptico<sup>270</sup>, devido à septicemia que já se vinha a desenvolver desde a primeira vez que se deslocou ao hospital.

Como é típico nestas situações, nunca se poderá afirmar que o correto e diligente serviço prestado impediria o falecimento da paciente, mas é certo que o atraso no diagnóstico desta

---

<sup>263</sup> PEDRO, Rute Teixeira, “Reflexões sobre a noção da perda de chance à luz da jurisprudência portuguesa”, *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, cit., pp. 188.

<sup>264</sup> Em dezembro de 2019 uma criança deu entrada nas urgências de um hospital privado, em Portugal, com dores nas costas, tendo-lhe sido receitados medicamentos analgésicos, após o diagnóstico de um problema muscular. Passados três dias, não surtindo os medicamentos o efeito pretendido, a menina voltou a dar entrada no mesmo hospital, onde o seu problema foi considerado uma “chamada de atenção”, administrando-se a mesma medicação por via intravenosa, sem se realizar mais exames. Nessa mesma noite, voltou a dar entrada num hospital, desta vez público, onde, após se efetuarem variados exames, se encontrou sangue no músculo do tórax. No mesmo dia faleceu, a lutar contra a segunda paragem cardíaca. Esta situação reflete o paradigma da perda de chance de cura ou de sobrevivência associada a um errado diagnóstico. Não é possível garantir que a criança sobreviveria, caso um correto diagnóstico fosse realizado atempadamente, mas é possível aferir que o diagnóstico incorreto foi potenciador do “dano morte” aqui verificado. Apesar de ainda não ter sido levado à Justiça, o caso foi, naturalmente, mediático, e uma explicação mais detalhada do mesmo pode ser encontrada em <https://www.jn.pt/local/noticias/setubal/almada/menina-de-12-anos-morreu-apos-alta-na-urgencia-da-cuf-11671096.html> [27.01.19].

<sup>265</sup> Sentença proferida no âmbito do Processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1.<sup>a</sup> Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de Julho de 2015, da autoria de Hígina Castelo, disponível em [https://www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo\\_negligenciamedica\\_perdachance.pdf](https://www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo_negligenciamedica_perdachance.pdf) [27.01.19].

<sup>266</sup> *Idem*.

<sup>267</sup> A paciente em questão encontrava-se em recuperação de uma operação de remoção de um meningioma e já havia sido diagnosticada com amigdalite, iniciando o tratamento para a mesma quatro dias antes de dar entrada no hospital.

<sup>268</sup> Sentença proferida no âmbito do Processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1.<sup>a</sup> Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de Julho de 2015, in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [28.01.19].

<sup>269</sup> Privação de oxigénio no sangue.

<sup>270</sup> PEDRO, Rute Teixeira, “Reflexões sobre a noção da perda de chance à luz da jurisprudência portuguesa”, *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, cit., pp. 198.

patologia, que se trata de uma infecção generalizada, de rápido desenvolvimento e com repercussões letais (caso não seja identificada atempadamente) foi determinante para a redução abrupta das suas chances de sobrevivência<sup>271</sup>. Perante estes dados, o tribunal optou por aplicar a figura da perda de chance com vista a condenar a instituição hospitalar no pagamento de uma indemnização aos Réus (herdeiros da paciente), considerando verificados os pressupostos da responsabilidade civil.

Dentro desta temática, surge outro Acórdão que faz referência à perda de chance como um dano autónomo, desta vez em relação à falta de consentimento informado de uma paciente que já teria sido operada ao cólon para retirar um tumor, e que com oitenta e três anos, foi sujeita a uma colonoscopia, sendo-lhe, durante a cirurgia, perfurado o cólon<sup>272</sup>. Tendo em conta a idade da paciente e o seu histórico clínico, o risco de perfuração seria superior ao normal pelo que o esclarecimento não se bastava com a informação dos riscos normais adjacentes à cirurgia, revelando-se efetivamente necessário informar a paciente que “(...) *por estar em causa um cólon operado e o estado geral do mesmo cólon estar mais debilitado face à operação ao tumor, o exame consubstanciava um maior risco* (...)”<sup>273</sup>.

Não se dando como provado que a paciente apenas se havia sujeitado à intervenção cirúrgica por não ter sido devidamente informada acerca dos riscos que a mesma comportava, o Tribunal colocou a hipótese de existência de uma verdadeira “(...) *perda de oportunidade de decidir correr o risco da lesão*(...)”<sup>274</sup>. Pese embora confirmando que o dano da perda de chance é dotado de autonomia para efeitos ressarcitórios, o tribunal acabou por afastar a sua aplicação ao caso concreto, por considerar que a falta de informação se integraria antes no “(...) *círculo de proteção das normas que exigem o consentimento informado* (...)”<sup>275</sup>, invocando o pensamento de André Gonçalo Dias Pereira.

---

<sup>271</sup> Como aliás, se retira da sentença em análise: “*Numa sepsis grave diagnosticada na primeira hora, a probabilidade de sobrevivência é de quase 80%, percentagem que desce para cerca de 40% quando passam cerca de 3 horas, e ao fim de 12 horas apenas 20% dos doentes sobrevivem*”, in: [https://www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo\\_negligenciamedica\\_perdachance.pdf](https://www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo_negligenciamedica_perdachance.pdf) [28.01.19].

<sup>272</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de Março de 2018, Processo Nº 7053/12.7TBVNG.P1.S1[Relator: Maria Graça Trigo], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [17.02.20].

<sup>273</sup> *Idem*.

<sup>274</sup> *Idem*.

<sup>275</sup> *Idem*.

Resta-nos, por fim, abordar a aplicação pela jurisprudência nacional da teoria da perda de chance como um dano autónomo aos casos de estudo desta investigação, especialmente em relação a *wrongful birth actions*, que nos concernem no presente capítulo.

Os tribunais portugueses confrontaram-se tardiamente com processos judiciais fundados em *wrongful birth actions*<sup>276</sup>, sendo o primeiro Acórdão sobre esta matéria pertencente ao Tribunal da Relação de Lisboa, proferido em 2012<sup>277</sup>. O caso à altura *sub judice*, tinha por base o nascimento de uma criança com malformações e patologias, perceptíveis ecograficamente<sup>278</sup> mas apenas conhecidas no momento do parto. Tratando-se de uma sentença recorrida (do tribunal de primeira instância), a decisão foi no sentido de manter a indemnização que já havia sido atribuída, aos progenitores, quanto a danos não patrimoniais, consequentes da frustração da expectativa criada de que a criança nasceria saudável<sup>279</sup>, uma vez que os últimos haviam “(...) deixado deserto o recurso subordinado que chegaram a interpor da sentença (...)”<sup>280</sup>, ficando o tribunal impossibilitado de decidir acerca do montante da indemnização.

Interessa, especialmente, atender à posição adotada relativamente à perda, pelos progenitores, da oportunidade de optar por interromper voluntariamente a gravidez, dada a omissão de informação acerca das malformações sofridas pelo feto, concluindo o tribunal que “(...) o médico ecografista que, com violação das *leges artis*, não detectou essa malformação congénita incurável e, como tal, não informou tempestivamente os pais desse facto, assim obstando a que eles exercessem o seu indeclinável direito de fazer cessar aquela gravidez, está constituído na obrigação de indemnizar os pais de todos os danos de índole patrimonial e não patrimonial que eles não teriam sofrido se tivessem logrado obstar ao nascimento com vida da sua filha.”<sup>281</sup>

---

<sup>276</sup> E bem assim, em *wrongful life actions*, sendo o primeiro Acórdão incidente sobre esta matéria proferido em 2001, pelo Supremo Tribunal de Justiça, cuja análise se fará mais adiante. RAPOSO, Vera Lúcia, “Responsabilidade Médica em sede de diagnóstico pré-natal”, *Revista do Ministério Público*, cit., p. 78.

<sup>277</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de Janeiro de 2012, Processo Nº 1585/06.3TCSNT.L1-1 [Relator: Rui Vouga], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [18.02.2020].

<sup>278</sup> De notar que o Réu, médico, não era ecografista obstetra, tendo antes a especialidade de radiologia.

<sup>279</sup> Ao Tribunal da Relação de Lisboa cumpriu decidir se a ausência do membro inferior na criança nascida seria passível de ser detetada através das ecografias realizadas, pelo que o Réu deixaria de ter atuado de forma negligente e culposa e, por fim, se existia em qualquer circunstância nexo de causalidade entre a conduta do Réu e o dano moral sofrido pelos Autores.

<sup>280</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de Janeiro de 2012, Processo Nº 1585/06.3TCSNT.L1-1 [Relator: Rui Vouga], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [18.02.2020].

<sup>281</sup> *Idem*.

Esta posição crava uma orientação jurisprudencial em sentido favorável à indemnização perante situações em que se vê, por atuação ilícita e culposa de um sujeito, frustrada a possibilidade de decisão sobre a interrupção ou não de uma gravidez – situações estas que, como poderemos constatar no desenvolvimento desta investigação, se consubstanciam numa efetiva perda de oportunidade<sup>282</sup>.

No mesmo ano, coube ao Tribunal da Relação do Porto<sup>283</sup> julgar uma ação que levou a dois pedidos indemnizatórios – um pela criança nascida com malformações congénitas (representada pela progenitora) pelo facto de ter nascido, e outro pela progenitora por lhe ter sido precludido o direito de autodeterminar a sua vontade relativamente ao destino da sua gravidez<sup>284</sup>.

Provando-se a conduta ilícita e culposa do médico que acompanhara a gravidez, o tribunal considerou que “(...) o erro de diagnóstico das patologias e a omissão do inerente dever de informação impediram a grávida de beneficiar do regime legal de interrupção voluntária da gravidez, violando assim o seu direito à autodeterminação, (...) pelo que, existindo o necessário nexo de causalidade, o médico é responsável pelos prejuízos daí emergentes”<sup>285</sup>, nomeadamente os danos patrimoniais e não patrimoniais consequentes da frustração da possibilidade de interromper lícitamente a gravidez, pelo que aqui se verifica a sacção desta perda como um dano indemnizável, mas por força da violação do direito à autodeterminação da mulher.

Na mesma linha de raciocínio se coloca o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2013<sup>286</sup>, em que, perante um caso tipificado como *wrongful birth action* (e tendo a Autora alegado que teria optado por interromper a gravidez, dentro do período legal estabelecido pela lei, caso tivesse tomado conhecimento das malformações de que padecia o feto) admitiu uma indemnização a favor da mesma, equacionando “(...) a chamada perda de chance de se não vir

---

<sup>282</sup> Este termo não é, porém, utilizado na decisão em apreço.

<sup>283</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 01 de Março de 2012, Processo Nº 9434/06.6TBMTS.P1 [Relator: Filipe Carço], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [18.02.2020]

<sup>284</sup> *Wrongful birth action*.

<sup>285</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 01 de Março de 2012, Processo Nº 9434/06.6TBMTS.P1 [Relator: Filipe Carço], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [18.02.2020].

<sup>286</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 2013, Processo Nº 9434/06.6TBMTS.P1.S1 [Relator: Ana Paula Boularot], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [18.02.2020].

*a padecer dos sofrimentos derivados de um nascimento indevido(...)*”<sup>287</sup>, consequente de um erro médico.

Cumpra ainda referir o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2015<sup>288</sup>, também alusivo a pedidos indemnizatórios fundados em *wrongful birth* e *wrongful life*. Sobre a pretensão dos progenitores, que nos cabe agora analisar, o tribunal decidiu a favor da indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, resultantes do nascimento de uma criança com graves deformações, fruto de uma gestação apenas levada a termo pela convicção de que a mesma nasceria saudável.

A atuação ilícita do médico, neste caso, residiu na interpretação errónea dos exames realizados durante a gravidez, e subsequente ausência de comunicação aos progenitores dos resultados dos mesmos. Assim sendo, o tribunal afirmou existir um concreto incumprimento do dever de informação a que o médico estaria adstrito, contanto que se trata de um dever lateral do contrato de prestação de serviços médicos, admitindo assim a indemnização da perda de oportunidade “(...) *de se decidir, num sentido ou noutro, de escolher entre abortar ou prosseguir com a gravidez*”.

Da análise destes acórdãos decorre que a perda de chance, nas denominadas *wrongful birth actions*, nem sempre é considerada um dano autónomo, ressarcível *de per si*, para justificar a indemnização pela frustração da oportunidade (por atuação ilícita e culposa de terceiro) de poder decidir, num sentido ou noutro, acerca da interrupção voluntária de uma gravidez, padecendo o feto de malformações e sendo esta a vontade da progenitora – antes surgindo quase sempre associada à verdadeira violação de um direito inerente à progenitora, nomeadamente o direito ao consentimento informado e o direito à sua autodeterminação.

Compete-nos assim fazer alusão aos direitos que diversas vezes são postos em causa nos casos em análise, referindo primordialmente a própria posição do nascituro, por forma a que se possa averiguar acerca da possibilidade (ou não) de invocação de um verdadeiro dano de perda de oportunidade nas *wrongful birth actions*.

---

<sup>287</sup> *Idem*.

<sup>288</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Março de 2015, Processo N° 1212/08.4TBBCL.G2.S1[Relator: Helder Roque], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [18.02.2020].



### 3.4. A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

O exponencial desenvolvimento da medicina e da biotecnologia, bem como o da legislação penal acerca da interrupção voluntária da gravidez, têm suscitado a emergência de uma revisão aprofundada acerca da personalidade jurídica do nascituro, este que está suscetível de ser alvo da violência “(...) *do aborto, da procriação artificial e da manipulação genética* (...)”<sup>289</sup>, o que desde logo esbarra com princípios e preceitos constitucionalmente sagrados com respeito à proteção da vida, integridade física e saúde de cada ser humano (artºs 24º/1 e 25º/1 da CRP).

A letra do artº 66º/1 do CC parece clara ao decretar a atribuição de personalidade jurídica ao nascituro com o nascimento completo e com vida. Da disposição retira-se ainda que os direitos reconhecidos taxativamente ao nascituro (resultantes de doação – artº 952º do CC ou sucessão – artº 2033º do CC) estão dependentes deste momento. Não obstante, o mesmo tem sido alvo de duras críticas e fundadas dúvidas<sup>290</sup> que sugerem a necessidade de uma eventual reforma<sup>291</sup>.

Tradicionalmente, a doutrina recusava ao nascituro a personalidade jurídica, não sendo este, portanto, titular de direitos e deveres. Os “direitos” que lhe advinham por doação ou testamento eram perspetivados como “direitos sem sujeito” cuja eficácia estaria dependente do seu nascimento completo e com vida, por atribuição retroativa de personalidade jurídica<sup>292</sup>.

Uma corrente doutrinária mais recente recusa esta perspetiva, defendendo que o embrião que se desenvolve no ventre da mãe já é titular de direitos e obrigações. Dentro desta corrente<sup>293</sup>,

---

<sup>289</sup> CHORÃO, Mário, “Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro”, *O Direito*, Ano 150º, Nº4, Lisboa: Almedina, 2018, p. 919.

<sup>290</sup> A limitada extensão desta investigação não nos permite realizar o merecido estudo sobre o tema que se expõe. Uma aprofundada revisão sobre a personalidade jurídica do nascituro poderá ser encontrada, para além das obras mencionadas, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03 de Abril de 2014, Processo Nº 436/07.6TBVRL.P1.S1 [Relator: Álvaro Rodrigues], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [20.02.20].

<sup>291</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil IV*, cit., p.398.

<sup>292</sup> Esta é a tese sustentada por Pires de Lima, Antunes Varela, Paulo Mota Pinto, Castro Mendes, Dias Marques, Carvalho Fernandes e Galvão Teles. Destacando a opinião deste último autor, que admite a carência de personalidade jurídica do nascituro embora lhe reconhecendo tutela jurídica como sujeito de direito em gestação – Cfr. TELLES, Inocêncio Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. II, 10ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp.165-170.

<sup>293</sup> Oliveira Ascensão, António Menezes Cordeiro, Capelo de Sousa, Paulo Otero, Leite de Campos e Pedro Pais de Vasconcelos. Vide, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03 de Abril de 2014, Processo nº 436/07.6TBVRL.P1.S1 [Relator: Álvaro Rodrigues], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [20.02.20].



com a qual concordamos, destaca-se a opinião de Pedro Pais de Vasconcelos<sup>294</sup>, que aconselha a que a leitura do preceito seja realizada como se o mesmo apenas se referisse à capacidade jurídica do nascituro, ultrapassando assim a aparente incoerência entre a posição que adota e a letra do artº 66º do CC - *“Como pessoa humana viva, o nascituro é pessoa jurídica. A sua qualidade pessoal impõe-se ao Direito, que não tem o poder de negar a verdade da pessoalidade, da hominidade, da humanidade do nascituro. Não pode, pois, deixar de ser reconhecida, pelo Direito, ao nascituro a qualidade de pessoa humana viva, o mesmo é dizer, a. personalidade jurídica» (...) O fulcro desta questão reside essencialmente na redacção do artº 66º do nosso diploma substantivo civil que (...) não terá sido feliz (...) (-) o intérprete não deve ficar prisioneiro da letra de tal preceito. Isto porque, a personalidade jurídica das pessoas humanas não depende da lei e está fora do poder legislativo do Estado retirar ou não reconhecer a qualidade de pessoa humana a quem a tem. Assim (...) o artigo 66º do Código Civil deve ser entendido como referido à capacidade de gozo e não propriamente à personalidade jurídica.”*<sup>295</sup>

Estando assim o nascituro dotado de proteção constitucional desde o momento da sua conceção, especificamente a do artº 24º/1 da CRP, parece-nos visível o conflito direto entre a inviolabilidade da vida humana e a não punibilidade da IVG, que merece, nesta medida, o estudo que se segue.

### **3.5. A INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ E A AUTODETERMINAÇÃO DA MULHER**

O núcleo essencial das *wrongful birth actions* incide na interrupção voluntária da gravidez não punível nas primeiras vinte e quatro semanas, averiguando-se *“(...) seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita (...)”*<sup>296</sup>.

O artº 142º/1, c) do CP, de que nos ocuparemos nesta investigação, integra um modelo de indicações conducentes à impunibilidade da IVG, consagrado pela primeira vez no Código

---

<sup>294</sup> VASCOCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª Edição, Lisboa: Almedina, 2019, p.79.

<sup>295</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03 de Abril de 2014, Processo nº 436/07.6TBVRL.P1.S1 [Relator: Álvaro Rodrigues], in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [18.06.20].

<sup>296</sup> Artº 142º/1, c) do CP.

Penal de 1982, por força da Lei nº 6/84, de 11 de Maio<sup>297</sup>, que previa a exclusão da ilicitude da IVG em situações que se reconduzissem às taxativamente previstas, onde se incluía a indicação embriopática, fetopática ou por lesão do nascituro.

Apesar desta lei ter originado dois Acórdãos do Tribunal Constitucional, de fiscalização preventiva da constitucionalidade<sup>298</sup>, e mais tarde da sua fiscalização abstrata sucessiva<sup>299</sup>, o modelo estabelecido vingou, tendo ambos os Acórdãos concluindo pela sua constitucionalidade.

O modelo de indicações<sup>300</sup> manteve o seu corpo até os dias que correm, com ligeiras alterações provenientes das sucessivas revisões legislativas até à Lei nº16/2007, de 17 de Abril<sup>301</sup>, a partir da qual a legislação sobre a IVG se apresenta como a conhecemos. Contudo, as previsões taxativamente designadas no preceito não se viram livres da indagação nacional acerca da sua compatibilidade com a inviolabilidade da vida humana.

A nosso ver, o ponto de partida no debate acerca da constitucionalidade da IVG não punível deverá ser colocado na factualidade de um atentado à vida humana nem sempre se qualificar como um ilícito criminal<sup>302</sup> - falamos de causas de justificação, como a legítima defesa (artº 32º do CP) e o conflito de deveres (artº 36º do CP) que levam à exclusão da ilicitude, *máxime*, do homicídio doloso.

---

<sup>297</sup> In: [http://www.apf.pt/sites/default/files/media/2016/1\\_6\\_1984.pdf](http://www.apf.pt/sites/default/files/media/2016/1_6_1984.pdf) [02.03.20].

<sup>298</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 25/84, Diário da República n.º 80/1984, Série II de 1984.04.04, in: <https://dre.pt/application/conteudo/751774> [02.03.20].

<sup>299</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 85/85, Diário da República n.º 143/1985, Série II de 1985.06.25, in: <https://dre.pt/application/conteudo/704747> [02.03.20].

<sup>300</sup> Atualmente acrescido de um modelo de prazos, por adição da alínea e) ao artº 142º/1 do CP, que oferece à mulher a possibilidade de interromper a gravidez, sem “motivo maior”, nas primeiras 10 semanas de gestação. Esta é a alínea que causa mais perplexidade na doutrina nacional, por permitir a interrupção do desenvolvimento intrauterino do nascituro somente com base na opção da mulher. Contudo, e devido à limitada extensão desta investigação, apenas nos poderemos debater acerca do artº 142º/1, al. c) do CP.

<sup>301</sup> In: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=913A0007&nid=913&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=&nversao=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=913A0007&nid=913&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=) [02.03.20]. Para uma análise aprofundada acerca da evolução legislativa até à atualidade vide DIAS, Jorge Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 243-251; Acórdão do Tribunal Constitucional Nº 288/98 [Relator: Nunes de Almeida], in: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html> [02.03.20] e Acórdão do Tribunal Constitucional Nº 75/2010 [Relator: Sousa Ribeiro], in: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html> [02.03.20]. De notar que relativamente ao preceito que se analisa, as alterações de maior relevância residem na substituição da epígrafe “*exclusão da ilicitude*” por “*impunibilidade da interrupção voluntária da gravidez*”, após a Reforma do Código Penal de 1995 e o alargamento do prazo desta impunibilidade nos casos em apreço, das 16 semanas para as 24, por força da Lei nº 90/97, disponível no Diário da República nº 174/1997, Série I-A de 1997.07.03.

<sup>302</sup> *Ibidem*; PEREIRA, Rui Carlos, *O crime de aborto e a reforma penal*, Lisboa: AAFDL, 1995, p. 57.

Desta feita, o artº 142º do CP agrega um conjunto de situações subsumíveis a causas de justificação, conducentes à exclusão da ilicitude da IVG naquelas circunstâncias. A alínea c) desta disposição abarca situações em que há fundados motivos para equacionar que ao feto se verificarão reduzidas hipóteses de sobrevivência ou voluptuosos danos físicos e/ou psíquicos derivados da doença ou malformação congénita grave e incurável diagnosticada.

Novamente aqui, o ponto de partida não se poderá colocar na qualificação, pelo legislador, de que uma vida biologicamente imperfeita valerá menos, para o nosso ordenamento jurídico, em comparação com uma vida sem as patologias abrangidas pela alínea<sup>303</sup>. Antes se deverá posicionar no direito à autodeterminação da mulher grávida, que impede o legislador de impor a continuação de uma gestação que, muitas vezes, se torna um peso insuportável para a progenitora.

A mulher grávida é a principal afetada (sobretudo psicologicamente) pela continuação de uma gravidez deste calibre, bem como pela futura criação de uma criança com graves patologias, sendo os meios sociais manifestamente insuficientes para assegurar uma menor penosidade da situação<sup>304</sup>. Por estes motivos, o Direito não pode impingir qualquer atuação à mulher, devendo, ao revés, atribuir-lhe o poder de decidir pela continuação ou não da gestação.

### **3.6. O CONSENTIMENTO INFORMADO**

Superado o hipocratismo que tradicionalmente vigorava, a atividade médica que hoje experienciamos pauta-se pela autonomia do paciente, que desde logo impõe ao médico o dever de obter um consentimento informado, única forma de justificação da agressão ao corpo ou à saúde consequente de uma intervenção médica necessária ou mesmo arbitrária (artº 156º do CP).

Desta feita, para que o médico possa obter um consentimento livre e informado<sup>305</sup>, surge a obrigação de esclarecimento ao paciente, cuja extensão está dependente das exigências do caso concreto, mas sobretudo da pessoa do paciente, isto é, das necessidades de esclarecimento

---

<sup>303</sup> BRITO, Teresa Quintela, “Interrupção voluntária da gravidez e exclusão da ilicitude”, *Direito e Cidadania*, Ano 6, Nºs 20/21, 2004, p. 129.

<sup>304</sup> *Idem*, p. 131.

<sup>305</sup> Só assim eficaz, segundo o artº 157º do CP.

que apresenta, bem como da sua capacidade de juízo<sup>306</sup>. O cumprimento deste dever não se bastará com a informação (atempada) acerca da intervenção a realizar, especialmente no que toca à sua finalidade, aos riscos, aos possíveis resultados verificáveis e às medidas subsequentes que se deverão tomar<sup>307</sup>, exigindo também ao médico a confirmação do entendimento cabal da informação prestada<sup>308</sup> – “O “descomunal” dever de esclarecimento deve possibilitar ao doente a compreensão do tipo, importância, decorrer e consequências de uma intervenção, embora não em todos os pormenores mas nos elementos essenciais, assegurando condições que garantam uma ponderação de risco informada”<sup>309</sup>.

O dever de esclarecimento ou de informação, resultante do Princípio da dignidade da pessoa humana (artºs 1º e 26º/1 da CRP), encontra expressão no artº 156º do CP que tipifica como crime as “*intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*”, tutelando, a nível jurídico-penal, o direito à liberdade e autodeterminação do paciente. A nível jurídico-civil, a ausência de consentimento informado poderá constituir motivo para uma indemnização por violação de um preceito normativo destinado a proteger interesses alheios (artº 156º do CP), por via da responsabilidade civil extracontratual, tendo em conta o artº 483º/1 do CC.

Quanto ao planeamento familiar, a autodeterminação informativa tem assumido especial relevância no momento posterior à realização dos exames de diagnóstico pré-natal e prévio à (possível) IVG, consubstanciando-se no aconselhamento genético com vista a “(...) *elucidar uma pessoa (...) dos eventuais riscos decorrentes de factores genéticos hereditários, por forma a poderem ser adotadas medidas preventivas ou corretivas pelo(s) interessado(s)*”<sup>310</sup>, cuja regulação se encontra na Lei nº3/84 de 24 de Março e no Despacho do Ministério da Saúde nº 5411/97, de 6 de Agosto.

No que concerne às *wrongful birth actions*, tendo as técnicas de diagnóstico pré-natal por objetivo encontrar alguma anomalia congénita no feto ou embrião, a falha na realização dos

---

<sup>306</sup> MARTINS, Rosa Cândido, “A criança adolescente e o acto médico. O problema do consentimento”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 801- 802.

<sup>307</sup> OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito e Medicina*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 210-214.

<sup>308</sup> MARTINS, Rosa Cândido, “A criança adolescente e o acto médico. O problema do consentimento”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, cit., p. 804. Note-se que o consentimento informado pode ser realizado por escrito ou oralmente, preferindo-se naturalmente a primeira alternativa.

<sup>309</sup> ATAÍDE, Rui Mascarenhas, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Lisboa: Almedina, 2015, p. 583.

<sup>310</sup> RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 93.

mesmos, a sua má interpretação, ou a omissão dos seus resultados constituem más práticas do profissional de saúde que podem custar à mulher grávida a possibilidade de interromper voluntariamente a gravidez, ao abrigo do artº 142º/1, c) do CP, conduzindo ao indesejado nascimento de uma criança onerada de doença ou malformação congénita grave e incurável.

Quando o médico realiza os exames de diagnóstico pré-natal e verifica alguma anomalia no feto, passível de ser enquadrada nos casos em que a IVG não é punível à luz do preceito invocado, a ocultação dos resultados à progenitora<sup>311</sup> resultará numa verdadeira violação do dever de informação que nele impende, justificadora da responsabilidade civil do profissional: estamos perante situações em que “(...) o objeto principal do contrato é precisamente (...) a comunicação do próprio diagnóstico”<sup>312</sup>. Por estes motivos, alguns autores consideram que qualquer erro no diagnóstico pré-natal deverá justificar a responsabilidade civil do médico, não por perda de chance, mas por haver um verdadeiro bem jurídico violado, já tutelado pelo Direito – o direito ao esclarecimento e à informação<sup>313</sup>.

Parece-nos que este entendimento é viável na última “categoria” do erro médico em sede de diagnóstico pré-natal, em que se verifica o conhecimento, por parte do médico, da doença ou malformação congénita do feto, mas que omite a transmissão dessa informação à progenitora. Nestes casos, o médico já é portador de informação, constituindo a sua ocultação numa omissão ilícita e culposa, geradora de responsabilidade civil.

Esta lógica já não parece proceder nas outras circunstâncias, em que o médico falha na realização ou na interpretação do exame – recordemos os ensinamentos de André Dias Pereira: “trata-se de casos em que estamos paredes meias entre os problemas de consentimento informado e o erro médico”<sup>314</sup>. Nas situações que agora abordamos, o próprio médico não sabe das patologias do feto, pelo que não se assistirá à concreta violação do dever de informação ou esclarecimento, mas antes ao cumprimento defeituoso da realização do exame. Quando este é

---

<sup>311</sup> Note-se que nos casos em análise, uma vez que a mulher grávida é a única detentora de capacidade decisória sobre a IVG (Despacho nº 5411/97, de 6 de Agosto, nº 3, al. d) e g)), o cumprimento do dever de esclarecimento é apenas necessário em relação a esta. Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito e Medicina*, cit., pp. 212-214 e MANSO, Luís Baptista, “O dever de esclarecimento e o consentimento informado em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação”, *Lex Medicinæ*, Ano 8, Nº16, ISSN: 1646-0359, 2012, pp. 142-144.

<sup>312</sup> PEREIRA, André Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 374.

<sup>313</sup> Neste sentido, OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito e Medicina*, cit., pp. 212-214 e PEREIRA, André Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, cit., p. 391.

<sup>314</sup> PEREIRA, André Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, cit., p. 374.

consequente de má-prática médica, por violação das *legis artis*, deverá a sua atuação ser considerada ilícita. Assim, o médico deverá ser responsabilizado, não pela violação do dever de informação, mas pelo facto de, através da sua atuação, ter aniquilado a oportunidade de a progenitora decidir pelo prosseguimento ou não da gestação, oportunidade essa que lhe pertencia por Direito.

### **3.7. OS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE CHANCE NAS *WRONGFUL BIRTH ACTIONS***

Excluindo assim os casos em que, a nosso ver, se observa uma real violação do dever de informação, resta-nos analisar de que forma se preenchem os pressupostos supramencionados da responsabilidade civil do médico por perda de chance, nas *wrongful birth actions*.

Nestas situações, há um erro no diagnóstico pré-natal que impede a mulher de decidir acerca da continuação da gravidez, determinando o nascimento de uma criança indesejada, por ser portadora de determinadas patologias.

Há, portanto, um facto voluntário (a atuação do médico – artº 483º do CC), ilícito (na responsabilidade civil extracontratual por violação de uma disposição legal que protege a oportunidade de interromper voluntariamente a gravidez – artºs 483º do CC e 142º, c) do CP – na responsabilidade civil contratual por violação das *leges artis* ou do próprio contrato), culposos (dada a ausência da diligência exigível ao médico – normalmente por negligência), que é causa adequada de um dano (consubstanciado na perda de oportunidade de se decidir pelo prosseguimento ou interrupção da gestação – perda de chance).

Preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, ao médico caberá indemnizar os progenitores pela perda de chance, à luz do artº 562º do CC.

### **3.8. *QUANTUM* DA INDEMNIZAÇÃO NAS *WRONGFUL BIRTH ACTIONS***

A indemnização a atribuir não pode ser apreciada sem antes se fazer referência à seriedade da oportunidade perdida, que para muitos ordenamentos jurídicos (incluindo o

português) se afigura imprescindível para que seja dotada de relevância jurídica e consequente proteção. Desta feita, o raciocínio passa por estabelecer um limiar a partir do qual a oportunidade frustrada deverá, realmente, dar azo a uma indemnização.

A doutrina oferece-nos um possível patamar de seriedade. Luís Menezes Leitão<sup>315</sup> sustenta a atribuição de uma indemnização por perda de chance apenas quando a possibilidade de verificação da vantagem que se pretendia obter ou desvantagem que se tentaria evitar fosse superior a 50%, devendo a indemnização ser sempre fixada em montante inferior ao dano final que se verificaria, graduada pelo juiz, segundo o artº 566º/3 do CC. Rui Cardona Ferreira<sup>316</sup> afirma que a ressarcibilidade da perda de chance enquanto dano patrimonial está dependente da exigência de 50% de probabilidade de obtenção de uma vantagem ou afastamento de uma desvantagem, excetuando desta imposição os casos de perda de chance de cura ou sobrevivência. No mesmo sentido encontra-se alguma jurisprudência portuguesa, embora normalmente em relação à responsabilidade civil do mandatário judicial em casos de perda de oportunidade. Criando um limiar de 50% de probabilidade de verificação, a partir da qual a chance perdida deverá ser ressarcida, encontramos alguns Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal da Relação de Lisboa.

Recordemos um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2010<sup>317</sup>: “*Todavia, em termos de equidade, que é agora o critério a ter em conta, o grau da possibilidade de ocorrer uma ou outra situação (procedência, improcedência – total ou parcial-), não pode deixar de fixar-se em 50% para cada uma das partes, visto que, salvo melhor opinião, qualquer outra percentagem se nos afigura arbitrária, por falta de base lógica em que assentar.*” Em 2012, baseando-se no Acórdão mencionado, o Tribunal da Relação de Lisboa<sup>318</sup> tomou decisão sobre a mesma temática, reiterando o critério estatístico: “*A indemnização deverá ser arbitrada com apelo aos critérios de equidade, devendo a indemnização por danos patrimoniais ser fixada no montante correspondente a 50% do valor em que a cliente foi condenada, por se entender que*

---

<sup>315</sup> Apenas assim o autor admite a autonomia do dano da perda de oportunidade. LEITÃO, Luís Menezes, A perda de oportunidade como dano no direito português, *Responsabilidade Civil – Cinquenta anos em Portugal, quinze no Brasil*, Vol. II, cit., p. 152.

<sup>316</sup> FERREIRA, Rui Cardona, “A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., p. 1328 e FERREIRA, Rui Cardona, “A perda de chance na responsabilidade civil por ato médico”, *Revista de Direito Civil*, cit., p. 155.

<sup>317</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29 de Setembro de 2010, Processo Nº 171/2002.S1 [Relator: Moreira Alves] in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [06.03.20]

<sup>318</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03 de Maio de 2012, Processo Nº 78/09.1TVLSB.L1-2 [Relator: Lúcia Sousa] in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [06.03.20].

as hipóteses seriam de 50% de ganho ou de perda”. Na mesma linha ainda se encontram dois Acórdãos de 2013, do Supremo Tribunal de Justiça<sup>319 320</sup> que exigem a consistência da chance, neste limiar, por forma a admitir a atribuição de uma indemnização nestes casos.

Pese embora o critério estatístico tenha vindo a ser adotado pela jurisprudência e encontre alguns adeptos na doutrina, cremos que uma melhor solução será encontrada unicamente pela análise do caso concreto<sup>321</sup>, só assim se tornando possível a elaboração de um limiar a partir do qual a chance deverá ser relevante e merecedora de tutela.

Tendo em conta o critério comumente adotado, verifica-se que para a determinação do *quantum* indemnizatório o primeiro passo passará pela avaliação do grau de consistência da oportunidade frustrada. Posteriormente, há que analisar os danos sofridos pelo lesado por conta do impedimento do resultado que pretendia, bem como indagar acerca das possibilidades que o lesado teria de alcançar esse resultado<sup>322</sup>.

Encontrados os valores resultantes desta análise, dever-se-á proceder à sua articulação. Assim, se os danos resultantes do assalto forem avaliados em 500€, e a consistência da oportunidade perdida de evitar esse assalto, através do arranjo atempado do alarme fosse de 70%, o montante a indemnizar corresponderia a 350€.

Perante a natural impossibilidade de realizar estes cálculos em diversos casos, os tribunais recorrem à opção de quantificação equitativa da indemnização, oferecida pelo artº 566º/3 do CC<sup>323</sup>. Nas *wrongful birth actions*, deverá este ser o método adotado por forma a garantir uma indemnização que cubra as reivindicações dos progenitores que terão de criar uma

---

<sup>319</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05 de Fevereiro de 2013, Processo Nº 488/09.4TBESP.P1.S1 [Relator: Hélder Roque] in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [06.03.20]: “Assim sendo, atendendo a que se não pode estabelecer o grau de probabilidade da amplitude do êxito da acção, sem afastar, inclusive, a sua improcedência, com base na equidade, que é agora o critério de referência do estabelecimento da indemnização por equivalente a ter em conta, fixa-se o mesmo em 50%, para cada uma das partes”.

<sup>320</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Março de 2013, Processo Nº 78/09.1TVLSB.L1.S [Relator: Maria dos Prazeres Beleza] in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [16.03.20], que cita o primeiro Acórdão mencionado, quanto ao critério estatístico.

<sup>321</sup> Como bem ensinam Rute Teixeira Pedro e Vera Lúcia Raposo em PEDRO, Rute Teixeira, “Reflexões sobre a noção da perda de chance à luz da jurisprudência portuguesa”, *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, cit., pp. 218 e “Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica”, *Revista do Ministério Público*, cit., p. 39.

<sup>322</sup> PEDRO, Rute Teixeira, “Reflexões sobre a noção da perda de chance à luz da jurisprudência portuguesa”, *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, cit., pp. 209.

<sup>323</sup> Vide, a título ilustrativo, o recentíssimo Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18 de Fevereiro de 2020, Processo Nº 2133/16.2T8CTB.C1[Relator: Jorge Arcanjo], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [13.03.20].



criança com malformações congénitas ou doença grave, quando até o momento do parto perspectivavam o nascimento de uma criança saudável, convencidos pelo médico que errou.

Sufragamos que casos deste nível deverão conduzir a uma indemnização por danos patrimoniais (cujo montante deverá integrar as despesas especiais de desenvolvimento de um filho com estas patologias, tendo em conta a alimentação, a educação e cuidados médicos necessários<sup>324</sup>), e não patrimoniais, pelo próprio sofrimento dos progenitores, fixados equitativamente, por força dos artºs 496º/1 e 4, 1ª parte e 494º, *in fine* do CC.

Esta é, aliás, a solução normalmente acolhida nos ordenamentos jurídicos que analisámos *supra*. Bastar-nos-á recordar que as indemnizações por *wrongful birth actions* nos Estados Unidos da América<sup>325</sup>, no Reino Unido<sup>326</sup>, na Alemanha<sup>327</sup> e na Holanda<sup>328</sup>, abarcam, por norma, as despesas referidas e os danos não patrimoniais pelos pais sofridos<sup>329</sup>. O ordenamento jurídico francês, com o *arrêt Perruche*, foi o único a destacar-se por apenas admitir uma compensação aos pais por danos não patrimoniais, solução reiterada posteriormente em termos legislativos.

Os tribunais portugueses têm vindo a seguir as pegadas dos primeiros ordenamentos jurídicos, atribuindo indemnizações calculadas de forma idêntica nestes casos<sup>330</sup>. Bem o fez, por exemplo, o Supremo Tribunal de Justiça<sup>331</sup>, invocando que “*são ressarcíveis os danos não patrimoniais e patrimoniais, onde se não incluem todos os custos derivados da educação e sustento de uma criança, mas, tão-só, os relacionados com a sua deficiência, estabelecendo-se uma relação comparativa entre os custos de criar uma criança, nestas condições, e as despesas com uma criança normal, pois que os pais aceitaram, voluntariamente, a gravidez, conformando-se com os encargos do primeiro tipo, que derivam do preceituado pelo artigo 1878º, nº 1, do CC.*”

---

<sup>324</sup> OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito e Medicina*, cit., pp. 212-214

<sup>325</sup> *Clark v. Children Memorial Hospital* – p. 14.

<sup>326</sup> *Parkinson versus St James and Seacroft Hospital NHS Trust* – p. 16.

<sup>327</sup> BGH, 18 de Março de 1980, *JuristenZeitung*, nº11/12, 1980 – p. 17.

<sup>328</sup> *Kelly Molenaar* – p. 28.

<sup>329</sup> BOTTIS, Maria Canellopoulou, “Wrongful Birth and Wrongful Life Actions”, *European Journal of Health Law*, cit., p. 57 e SÖRITSA, Dina, “Damages subject to compensation in cases of wrongful birth”, *Juridica International*, cit., pp. 109-110.

<sup>330</sup> Vide o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 01 de Março de 2012, Processo Nº 9434/06.6TBMST.P1[Relator: Filipe Carço], in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [11.03.2020].

<sup>331</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Março de 2015, Processo Nº 1212/08.4TBBCL.G2.S1[Relator: Helder Roque], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [09.03.2020].

A atribuição da indenização estará dependente da prova, por parte dos progenitores, de que não teriam a criança com as anomalias em apreço? Parece-nos relevante a demonstração de que com elevada probabilidade, a gestação desta criança não teria sido continuada, na medida em que a própria grávida já havia manifestado essa vontade, ou, pelo menos, através da constatação de que a maioria das mulheres grávidas, perante esta situação, optam por interromper a gravidez<sup>332</sup>, ao abrigo do artº 142º/1, c) do CP.

---

<sup>332</sup> OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito e Medicina*, cit., pp. 216-218.

***WRONGFUL LIFE ACTIONS***



## 4. *WRONGFUL LIFE ACTIONS*

### 4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Uma *wrongful life action* em nada difere, em termos processuais, relativamente a uma *wrongful birth action*, traduzindo-se assim numa ação declarativa de condenação, que segue também o processo comum, à luz do artº 546º/2 do CPC. Apesar de o pressuposto desta ação se manter no erro médico derivado da violação das *leges artis*<sup>333</sup>, a mesma é agora instaurada pelo filho (menor e incapaz – artº 123º do CC), representado normalmente pelos progenitores<sup>334</sup> que atuam em nome dele, ao abrigo dos artºs 124º, 1878º e 1881º do CC.

A ação é movida com fundamento na ausência de informação devida acerca do estado de saúde do feto, que, ao precluir à progenitora a possibilidade de interromper a gravidez nos termos do artº 142º/1, c) do CP, gera uma vida com as malformações consequentes. O filho, agora Autor, peticiona uma indemnização com vista a compensar os danos não patrimoniais sofridos pela própria criança, pela consternação que vivenciou desde o seu nascimento.

Por recorrer à responsabilidade civil com vista ao ressarcimento do “dano vida” que suporta, o Autor coloca nas mãos do julgador a árdua tarefa de decidir acerca de profundas questões de índole jurídica, mas também “(...) filosófica, moral, religiosa e política (...)”<sup>335</sup>, acerca da admissibilidade de o Direito tutelar um interesse na própria morte<sup>336</sup> ou não nascimento.

No seguimento do que se tem vindo a estudar, cumpre aferir a medida em que a perda de oportunidade se pode articular com a matéria em apreço. Cabe-nos especificamente averiguar acerca da possibilidade de invocação da perda de oportunidade de não nascer como fundamento de uma ação deste calibre, culminando num parecer negativo, no sentido de não haver uma verdadeira oportunidade protegida pelo Direito na esfera jurídica da criança que nasce com estas patologias. Analisando-se outros problemas jurídicos que vão para além da

---

<sup>333</sup> BOULAROT, Ana Paula, “As ações de responsabilidade nos casos de vida indevida e de nascimento indevido”, *A tutela geral e especial da personalidade humana*, cit., p. 11.

<sup>334</sup> *Ibidem*.

<sup>335</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Março de 2015, Processo Nº 1212/08.4TBBCL.G2.S1 [Relator: Helder Roque], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [23.03.20].

<sup>336</sup> FRADA, Manuel Carneiro da, “A própria vida como um dano?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, Vol. 1, 2008, in <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/> [21.03.2020].

inaplicabilidade da perda de oportunidade aos casos concretos, o desenvolvimento desta investigação deverá concluir pela inadmissibilidade das *wrongful life actions*.

## 4.2. A PERDA DE CHANCE NAS *WRONGFUL LIFE ACTIONS*

### 4.2.1. O conceito de perda de chance

A perda de oportunidade normalmente invocada nas *wrongful life actions* é também idêntica à das *wrongful birth actions*<sup>337</sup>, traduzindo-se na frustração da oportunidade (pela progenitora) de decidir acerca da interrupção voluntária da gravidez (nos termos do artº 142º/1, c) do CP), dada a ausência de conhecimento acerca do estado de desenvolvimento do feto, induzida por um erro médico. A atuação culposa do médico, que, por negligência ou dolo, não identificou as patologias de que o feto padecia ou não as comunicou, impediu que a progenitora tomasse uma decisão neste sentido, conduzindo ao nascimento de um bebé com graves deformações físicas e/ou psíquicas.

Este conceito surge assim explícito em alguma jurisprudência estrangeira, noutra sede analisada, servindo de exemplo o caso oriundo dos Estados Unidos da América, *Gleitman versus Cosgrove*<sup>338</sup>, bem como a impactante decisão da *Cour de Cassation* no *Arrêt Perruche*<sup>339</sup>. Neste sentido, já no plano da jurisprudência nacional, destacam-se os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 2001<sup>340</sup> e 2015<sup>341</sup> e do Tribunal da Relação do Porto de 2012<sup>342</sup>.

---

<sup>337</sup> Verificando-se, por isso, muitas vezes os dois pedidos indemnizatórios na mesma ação. RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrongful actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., p. 64.

<sup>338</sup> Caso desenvolvido nas pp. 23-24. *Gleitman v. Cosgrove*, 49 N.J. 22 (1967), 227 A.2d 689 (1967), in <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html> [25.03.20].

<sup>339</sup> Caso desenvolvido nas pp. 30-33. *Cour de Cassation*, 17 de novembro de 2000, JCP 2000 II 10438, in <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/french/case.php?id=1213> [25.03.20].

<sup>340</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Junho de 2001, Processo Nº 01A1008 [Relator: Pinto Monteiro], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [25.03.20].

<sup>341</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Março de 2015, Processo Nº 212/08.4TBBCL.G2.S1 [Relator: Helder Roque], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [25.03.20].

<sup>342</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 01 de Março de 2012, Processo Nº 9434/06.6TBMTS.P1 [Relator: Filipe Carço], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [25.03.20].

Esta criança, normalmente representada pelos pais, pede agora uma indemnização pela consternação que vivencia, consequente de uma vida deficiente que poderia ter sido evitada. Isto é, se não fosse a atuação do médico, a mesma não chegaria a nascer<sup>343</sup>.

A perplexidade da jurisprudência e doutrina é enorme e global relativamente a este tema, desde logo porque a desconstrução desta matéria implica que se reconheçam várias peças de um grande puzzle, que muitas vezes não vêm os seus limites definidos, mas antes desvanecidos no seu todo. Procuramos, por isso, estabelecer *ab initio*, os limites da perda de oportunidade invocada neste tipo de ações.

A frustração de uma oportunidade com relevância jurídica é, como vimos, merecedora de tutela, podendo o seu ressarcimento ser desencadeado pela aplicação normal da responsabilidade civil, por consideração do malogro de uma oportunidade como um dano autónomo. Para tal, o lesado tem de ser titular de uma chance atual e séria<sup>344</sup>, suscetível de avaliação pecuniária<sup>345</sup>, cabendo-lhe fazer prova de que realmente existia a oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar uma desvantagem<sup>346</sup> que não se logrou por virtude da atuação de outrem.

Daqui se inculca o primeiro argumento contra a admissibilidade de ações deste calibre. É que nas *wrongful life actions* o Autor é a própria criança, com fundamento na perda de oportunidade da progenitora de optar ou não pela IVG, observando-se uma manifesta incongruência entre o verdadeiro titular da oportunidade que se frustrou (a progenitora) e a pessoa que arroga o ressarcimento por ter nascido em virtude da mesma.

Uma hipotética perda de oportunidade passível de ser ressarcida perante o Autor teria de se centrar na sua esfera jurídica, isto é, teria de ser o próprio a ver a sua chance (juridicamente relevante) aniquilada por força da atuação ilícita e culposa do Réu. Vejamos: Não fosse a atuação culposa do profissional de saúde, a criança teria sempre nascido com as malformações

---

<sup>343</sup> TROTZIG, Marten, “The defective child and the actions for wrongful life and wrongful birth”, *Journal of Legal Medicine*, Vol. 2, Nº1, 1980, p. 85, DOI: 10.1080/01947648009513322.

<sup>344</sup> PEDRO, Rute Teixeira, A Responsabilidade Civil do Médico – *Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pp. 209-221 e RAPOSO, Vera Lúcia, “Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica”, *Revista do Ministério Público*, cit., p. 17.

<sup>345</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica”, *Revista do Ministério Público*, cit., p. 17.

<sup>346</sup> TEIXEIRA, Leonor Catela, “Perda de Chance: dano autónomo ou mero suprimimento do nexo causal?”, *Revista de Direito Civil*, cit., pp.729-730.

ou doença que suporta<sup>347</sup>, indicando-nos isto que o fundamento da perda de oportunidade nos termos em que se invoca apenas lograria, como na realidade logra, quando justifica a petição indemnizatória pela progenitora<sup>348</sup>.

A nítida separação que se verifica entre o titular da oportunidade perdida e o Autor da ação nas *wrongful life actions* permite-nos identificar um primeiro problema que se desdobra no plano processual - a desconformidade entre o pedido e a causa de pedir.

A tutela jurisdicional, isto é, “(...) o efeito jurídico (...)”<sup>349</sup> que o Autor solicita - a indemnização pelo sofrimento que experiencia desde o momento em que nasceu – procura fundamento na perda de oportunidade de a progenitora optar pela IVG, não nos parecendo possível admitir que este seja o “(...) facto jurídico do qual emerge o Direito que o Autor se propõe fazer valer”<sup>350 351</sup>. Defendemos, por isto, que entre o pedido e a causa de pedir se verifica uma desconformidade, conducente à ineptidão de uma petição inicial assim desenhada, à luz do artº 186º/2, b) do CPC<sup>352</sup>, bem como à nulidade de todo o processo, como impõe o artº 186º/1 do CPC.

Este é, aliás, um dos argumentos utilizados na irrepreensível decisão do Supremo Tribunal de Justiça que, em 2001<sup>353</sup>, se deparou com a primeira *wrongful life action* em Portugal – uma criança com graves deformações nas pernas e numa mão, detetáveis se a diligência adequada tivesse sido empregue em sede de diagnóstico pré-natal pelos Réus. Veio a criança,

---

<sup>347</sup> Como bem o explica o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 01 de Março de 2012, Processo Nº 9434/06.6TBMST.P1 [Relator: Filipe Carogo], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [26.03.20]: “(...) a múltipla e grave deficiência do A. C... não tem origem no ato médico ilícito e negligente; este apenas determinou que, em lugar da extinção da interrupção da gravidez e da extinção do feto (...) a criança viesse a nascer”.

<sup>348</sup> Como podemos concluir da nossa investigação acerca das *wrongful birth actions*.

<sup>349</sup> Vide artº 581º/3 CPC.

<sup>350</sup> AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito Processual Civil*, 9ª Ed., Lisboa: Edições Almedina S.A., 2010, pp. 188-189, a respeito da contradição entre o pedido e a causa de pedir, vide NETO, Abílio, *Código de Processo Civil Anotado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 330-332.

<sup>351</sup> Cremos estar perante uma incompatibilidade “(...) reveladora de uma absoluta falta de nexo lógico (...)”, na medida em que o pedido e a causa de pedir se negam reciprocamente. – Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 31 de Outubro de 2019, Processo Nº 4180/18.0T8BRG.G1 [Relator: Margarida Almeida Fernandes], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [26.03.20].

<sup>352</sup> AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito Processual Civil*, cit., p. 191. Note-se que se trata de uma exceção dilatória de conhecimento oficioso, por força dos artºs 196º, 577º, b) e 578º do CPC.

<sup>353</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Junho de 2001, Processo Nº 01A1008 [Relator: Pinto Monteiro], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [26.03.20].



representada pelos pais, pedir uma indemnização por se ver “(...) marcada e inferiorizada para o resto da sua vida (...)”<sup>354</sup>, consequência do seu nascimento.

Bem declarou o Supremo Tribunal de Justiça que “*Não há conformidade entre o pedido e a causa de pedir se o autor pede que os réus - médico e clínica privada - sejam condenados a pagar-lhe uma indemnização pelos danos que lhe advêm do facto de ter nascido com malformações nas duas pernas e na mão direita, com fundamento na conduta negligente daqueles, por não terem detetado, durante a gravidez, tais anomalias, motivo pelo qual os pais não puderam optar entre a interrupção da gravidez ou o prosseguimento da mesma - o pedido de indemnização deveria ter sido formulado pelos pais e não pelo filho, já que o direito ou faculdade alegadamente violado se encontra na esfera jurídica dos primeiros.*”<sup>355</sup> Citando esta decisão, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 2012 e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2015 confirmam<sup>356</sup> esta contradição entre o pedido e a causa de pedir como um argumento a favor da inadmissibilidade deste tipo de ações.

Alguma doutrina portuguesa perfilha a possibilidade de ultrapassar este obstáculo invocando a propósito a figura do “contrato com eficácia de proteção para terceiros”<sup>357 358</sup>, utilizada pela doutrina e jurisprudência alemã<sup>359</sup>, configurando-se em Portugal como integrante da denominada terceira via da responsabilidade civil<sup>360</sup>. Neste prisma, o contrato entre o

---

<sup>354</sup> *Idem.*

<sup>355</sup> *Idem.*

<sup>356</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 01 de Março de 2012, Processo Nº 9434/06.6TBMTS.P1 [Relator: Filipe Carço], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [26.03.20] e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Março de 2015, Processo Nº 212/08.4TBBCL.G2.S1 [Relator: Helder Roque], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [26.03.20].

<sup>357</sup> Neste sentido, António Pinto Monteiro em MONTEIRO, António Pinto, “Direito a não nascer? Anotações ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001”, *Revista Legislação e Jurisprudência*, Ano 134, Nº 3933, 2002, p. 383 e PINTO, Paulo Mota, Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“*wrongful birth*” e “*wrongful life*”), *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, cit., p. 933.

<sup>358</sup> Traduz-se na admissibilidade de “(...) pretensões indemnizatórias a pessoas que, embora alheias aos contratos, sofreram danos consequentes do incumprimento ou deficiente cumprimento dos deveres de conduta que deles diretamente promanavam ou que por sua causa se constituíram em virtude da aproximação entre esferas induzida pela atividade negocial”. – Vide: ATAÍDE, Rui Mascarenhas, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, cit., p. 968.

<sup>359</sup> A figura em análise foi criada pela doutrina alemã (“*Verträge mit Schutzwirkung für Dritte*”) com vista a superar limitações que surgiam nesse ordenamento jurídico no que respeita à responsabilidade extracontratual, limitações essas que não se verificam da mesma maneira no nosso sistema jurídico. Vide, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Outubro de 2004, Processo Nº 04B2885 [Relator: Oliveira Barros], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [29.03.20].

<sup>360</sup> FRADA, Manuel Carneiro da, “Sobre a Responsabilidade das Concessionárias por acidentes ocorridos em auto-estradas”, *Revistas da Ordem dos Advogados*, Ano 65, Vol. II, 2005, in:

profissional de saúde e/ou o estabelecimento clínico/hospitalar e a progenitora integraria no seu âmbito de proteção o filho (como terceiro beneficiário), assim o munindo de legitimidade para auferir de uma indemnização por cumprimento defeituoso ou incumprimento do contrato<sup>361</sup>.

António Pinto Monteiro, nas suas notáveis anotações ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2001, esclarece: “(...) cremos que a doutrina alemã dos “*Verträge mit Schutzwirkung für Dritte*” ajudará a ultrapassar a dificuldade suscitada pela dita falta de conformidade entre o pedido e a causa de pedir: dir-se-á que o contrato entre o médico (ou a clínica) e a mãe (ou os pais) inclui no seu âmbito de protecção certos terceiros como beneficiários: o filho, precisamente, que terá assim um direito próprio a ser indemnizado pelo não cumprimento ou pelo cumprimento defeituoso do referido contrato, designadamente por não ter sido prestado aos pais o esclarecimento exigível quanto às malformações do feto”<sup>362</sup>.

A curta extensão desta dissertação inviabiliza-nos de aprofundar este tema ainda em construção no nosso ordenamento jurídico, pelo que nos cingiremos a uma avaliação sucinta do mesmo. Indiscutível é que o feto se encontra numa realidade de dependência social face à progenitora (“*dualidade na unidade*”<sup>363</sup>) – relação cognoscível pelo devedor - sendo à partida os interesses da progenitora coincidentes aos deste.

Certo também será que a tutela atribuída à progenitora funciona de maneira necessariamente diferente face ao feto. Recordemos o nosso estudo sobre a IVG onde oportunamente se disse que a mesma se centra na autodeterminação da mulher grávida<sup>364</sup>. Através da não punibilidade da IVG, o Direito pretende proteger unicamente os interesses da progenitora, pelo que nos parece incoerente a consideração dos interesses do feto no contrato

---

<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutrinais/manuel-a-carneiro-da-frada-sobre-a-responsabilidade-das-concessionarias-por-acidentes-ocorridos-em-auto-estradas/> [29.03.30].

<sup>361</sup> MONTEIRO, António Pinto, “Direito a não nascer? Anotações ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001”, *Revista Legislação e Jurisprudência*, cit., p. 383 e PINTO, Paulo Mota, Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“*wrongful birth*” e “*wrongful life*”), *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, cit., p. 933.

<sup>362</sup> António Pinto Monteiro, “Direito a não nascer? Anotações ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001”, *Revista Legislação e Jurisprudência*, cit., pp. 382-383.

<sup>363</sup> BRITO, Teresa Quintela, “Interrupção voluntária da gravidez e exclusão da ilicitude”, *Direito e Cidadania*, cit., p. 129, citando Mahrenholz, Sommer e Figueiredo Dias: “*dois seres distintos, mas um deles suporta o outro*”.

<sup>364</sup> *Supra*, p. 53: “A mulher grávida é a principal afetada (sobretudo psicologicamente) pela continuação de uma gravidez deste calibre, bem como pela futura criação de uma criança com graves patologias, sendo os meios sociais manifestamente insuficientes para assegurar uma menor penosidade da situação. Por estes motivos, o Direito não pode impingir qualquer atuação à mulher, devendo, ao revés, atribuir-lhe o poder de decidir pela continuação ou não da gestação.”

pelo menos até às vinte e quatro semanas estabelecidas legislativamente para a ponderação da interrupção da gravidez, em casos de malformação do feto ou doença grave (artº 142º/1, c) CP).

Não pode a doutrina querer ultrapassar o problema da inviolabilidade da vida humana (artº 24º CRP), para não punir a IVG nestes termos, utilizando o argumento de que até aquele prazo é o interesse da progenitora que se protege, ignorando necessariamente o do feto em desenvolvimento, para mais tarde reconhecer que o feto é terceira parte no contrato, cujos interesses devem ser atendidos dentro daquele prazo, admitindo a possibilidade de vir a ser ressarcido por cumprimento defeituoso ou incumprimento do mesmo.

Ensina-nos Manuel Carneiro da Frada que *“A fluidez e indeterminação da figura (contrato com eficácia de proteção para terceiros) requerem precisão e pontualização dogmáticas, atento o facto de sob esse epíteto se albergarem constelações bastante diversas, algumas delas de rejeitar”*<sup>365</sup>, pelo que rejeitamos, desta forma, a utilização desta figura nos casos em análise.<sup>366</sup> Seria, contudo, possível superar este problema centrando a perda de oportunidade no próprio Autor?

Cremos que uma hipotética solução passaria inevitavelmente por definir a perda de chance da criança como a frustração da oportunidade de não nascer. Utilizamos a expressão “hipotética” uma vez que, como veremos, nem esta oportunidade se sagraria como juridicamente relevante por ser irremediavelmente inexistente.

Equacionar a tutela da perda de oportunidade de não nascer é, notoriamente, sufragar um direito à não existência que o nosso sistema jurídico, até os dias que correm, não admite. Emerge, desta forma, a matéria que suscita uma análise mais detalhada na presente investigação – o direito à não existência.

---

<sup>365</sup> FRADA, Manuel Carneiro da, “Sobre a Responsabilidade das Concessionárias por acidentes ocorridos em auto-estradas”, *Revistas da Ordem dos Advogados*, cit., in: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutrinais/manuel-a-carneiro-da-frada-sobre-a-responsabilidade-das-concessionarias-por-acidentes-ocorridos-em-auto-estradas/> [29.03.30].

<sup>366</sup> Neste sentido, Carlos Almeida Rodrigues: *“(…)mesmo que o feto pudesse ser considerado terceiro (...) teríamos algumas dúvidas de que a posição fosse digna de tutela (...)”*, em RODRIGUES, Carlos Almeida, “A problemática inerente às *wrongful life claims* – a sua (não) admissibilidade pela jurisprudência portuguesa”, *Lex Medicinæ– Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, cit., p.183. Confrontado com a mesma questão, o Supremo Tribunal de Justiça rejeitou a aplicação desta modalidade da terceira via da responsabilidade civil, embora utilizando diferentes argumentos. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de Janeiro de 2013, Processo Nº 9434/06.6TBMTS.P1.S1[Relator: Ana Paula Boularot] , in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [29.03.20].

#### 4.3. DIREITO À NÃO EXISTÊNCIA, DIREITO A NÃO NASCER

À análise do direito que é violado, a existir, subjaz a complexidade e aparente contradição que rodeiam este tema. Desde logo se coloca a questão de saber se a criança é realmente detentora de “(...) *uma posição pessoal de vantagem atribuída ou reconhecida* (...)”<sup>367</sup> pelo Direito.

O facto de o ato culposo do profissional de saúde não ter por consequência as malformações ou doença de que a criança padece, antes se demonstrando como uma atuação exclusivamente conducente ao nascimento da mesma<sup>368</sup>, acarreta um pedido formulado pela criança com fundamento na afirmação da preferência por não nascer, a nascer naquelas condições.

Esta pretensão indemnizatória tem como alicerce o direito à não existência ou o direito a não nascer, por alguma doutrina admitido, advogando a não atribuição, pelo nosso sistema jurídico, de “*um valor absoluto à vida*”<sup>369</sup>, por permitir a “*relativização deste bem jurídico em certos casos*”<sup>370</sup>, mas sobretudo – e mais relevante para a presente investigação – quando a própria lei admite, dentro de certos condicionalismos, a IVG. Em voto vencido, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2001, João Pires da Rosa expressa a sua opinião neste sentido, admitindo em tese um direito à não existência «*desde que a lei portuguesa reconheceu, nos termos previstos no art.142.º do C. Penal, a não punibilidade da interrupção voluntária da gravidez, colocando a vida, nesses precisos casos, nas mãos dos homens, mais especificamente da mulher/mãe*»<sup>371</sup>.

O argumento utilizado é dotado de fragilidade, não devendo, a nosso ver, proceder.

Existem, efetivamente, causas de justificação de uma violação do direito à vida, mas estas não relativizam ou diminuem o valor da vida como bem jurídico tutelado. A legítima defesa, a título de exemplo, nunca permite a relativização deste bem jurídico, que se mantém com o valor absoluto que lhe é reconhecido, desde logo, pelo artº 24º/1 da CRP. Esta apenas

---

<sup>367</sup> AMARAL, Diogo Freitas do, *Manual de Introdução ao Direito*, Vol. I, Lisboa: Edições Almedina, 2012, p. 45.

<sup>368</sup> HENSEL, Wendy F., “The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Live Actions”, *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, Vol. 40, 2005, p. 143.

<sup>369</sup> RODRIGUES, Carlos Almeida, “A problemática inerente às *wrongful life claims* – a sua (não) admissibilidade pela jurisprudência portuguesa”, *Lex Medicinæ– Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, cit., p.181.

<sup>370</sup> *Ibidem*.

<sup>371</sup> ROSA, João Pires da, “Não existência – Um Direito!”, *Julgar*, Nº 21, 2013, p. 50.

permite que a lei não chegue a punir a atuação de alguém que ofende a integridade física ou viola o direito à vida de outrem, através da sua subtração “(...) *do mundo do ilícito* (...)”<sup>372</sup>, nos casos em que se verificam preenchidos os requisitos necessários para a sua invocação (artº 337º/1 do CC). Do mesmo modo, a não punibilidade da IVG, subsumível a uma causa de justificação – reiteramos – encontra o seu núcleo na tutela da autodeterminação da mulher grávida, não reconhecendo, de maneira nenhuma, muito menos implicitamente, um direito a não nascer. O que reconhece é que a violação do direito à vida do nascituro, nos casos taxativamente designados no artº 142º/1, c) do CP (cujo escopo é, necessariamente, a tutela e prevalência do direito à autodeterminação da progenitora), não pode ser punida pelo Direito.

Posicionamo-nos assim ao lado da jurisprudência e doutrina dominantes que, por sua vez, desvirtuam o frágil argumento em estudo através do simples reconhecimento de que o nosso ordenamento jurídico não consagra, em termos legislativos, um direito à não existência, apesar de tutelar o direito à vida (artº 24º da CRP)<sup>373</sup>. Tenhamos presentes as palavras dos Ilustres constitucionalistas José Gomes Canotilho e Vital Moreira, acerca do preceito em questão - “*A Constituição não reconhece qualquer «vida sem valor de vida», nem garante decisões sobre a própria vida*”<sup>374</sup>.

Esta última observação poderá parecer desprovida de atualidade, atendendo à evolução política, social e legislativa que aparenta caminhar num sentido oposto, tendo em consideração a aprovação pelo Parlamento, em Fevereiro de 2020, do Projeto de Lei do Partido Socialista<sup>375</sup>, que despenaliza a morte voluntária medicamente assistida a quem seja portador de doença incurável e fatal ou lesão definitiva, encontrando-se em sofrimento permanente e insuportável. Há que ter, porém, em conta que do parecer positivo dado à Proposta de Lei até a sua promulgação pelo Presidente da República com subsequente designação de “Lei” e publicação no Diário da República, há um longo trajeto a percorrer, pelo que, pelo menos até então,

---

<sup>372</sup> Vide, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 08 de Junho de 1995, Processo Nº 045679 [Relator: Sa Nogueira], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [02.04.20].

<sup>373</sup> Cfr. MONTEIRO, Fernando Pinto, “Direito à não existência, Direito a não nascer”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 77*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.137 e RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., p. 77.

<sup>374</sup> CANOTILHO, José Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa: Anotada*, 1º Vol., 4ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, p. 450.

<sup>375</sup> Projeto de Lei n.º 104/XIV que procede à 50.ª alteração ao Código Penal, regulando as condições especiais para a prática de eutanásia não punível, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=44151> [07.04.20].

podemos afirmar que o nosso ordenamento jurídico não consagra um direito à não existência: ninguém é detentor de um direito à eliminação da sua própria vida<sup>376</sup>.

*“Mas mesmo que se admita o direito à não vida, como será o caso do suicídio ou da eutanásia, ainda assim sempre o caso concreto (wrongful life action) ultrapassará esses limites”*<sup>377</sup>, destacando-se, neste plano, a importância da distinção entre pedir para morrer e pedir para não nascer.

Acreditamos que a morte voluntária medicamente assistida poderá ser a solução mais adequada<sup>378</sup> para a pessoa que carrega o insuportável peso de uma malformação ou doença congénita grave e incurável com que nasceu. Não concordamos, todavia, que a consagração de um direito a pedir o término da própria existência possa ou deva conduzir a pretensões indemnizatórias baseadas num direito a não nascer, sob pena de uma ação dentro destes termos se traduzir num dos efeitos da “rampa deslizante”<sup>379</sup> (inevitavelmente associada à despenalização da morte voluntária medicamente assistida, consiste no risco de uso impróprio desta prática, através do progressivo alargamento das situações que poderão justificá-la, quando as mesmas deverão ser excecionais<sup>380</sup>) ultrapassando em larga medida as situações que a despenalização da eutanásia pretende tutelar.

Por fim, para além de um direito a não nascer não possuir consagração legal, nem resultar da teleologia de normas consagradas ou por correlativo destas, somos da opinião que o mesmo não poderia ter lugar, por ausência de titular. Por outras palavras, “(...) o cumprimento

---

<sup>376</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 01 de Março de 2012, Processo Nº 9434/06.6TBMTS.P1 [Relator: Filipe Carço], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [31.03.20].

<sup>377</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Junho de 2001, Processo Nº 01A1008 [Relator: Pinto Monteiro], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [31.03.20].

<sup>378</sup> “(...) a lawsuit is scarcely the appropriate remedy for people who ardently desire death over an utterly intolerable life. Better to ease their lot (...) by legalizing voluntary euthanasia” - John Harris, citado por HANSON, F. Allan, “Suits for wrongful life, counterfactuals, and the nonexistence problema”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 5, 1996, p. 8.

<sup>379</sup> O efeito da rampa deslizante (*slippery-slope effect*) tem vindo a ser estudado com base nos Estados-Membros da União Europeia pioneiros na despenalização da eutanásia. Na Holanda já se permite a realização por médicos da eutanásia a recém-nascidos que apresentam problemas de saúde tão graves que se presume como melhor opção pôr termo à sua vida, o que significa colocar nas mãos de terceiros a decisão sobre se uma criança deve ou não continuar a viver. Vide <https://www.government.nl/topics/euthanasia/euthanasia-and-newborn-infants> [06.04.20].

<sup>380</sup> Vide, <https://stopeutanasia.blogspot.com/2017/02/uma-definicao-por-dia-efeito-da-rampa.html> [15.05.2020].

*deste direito implica a inexistência definitiva do seu titular e não havendo titular, tão-pouco pode existir direito*”.<sup>381</sup>

Encontramos, assim, a primeira falência de ações deste calibre: a impossibilidade de preenchimento do pressuposto da ilicitude na responsabilidade civil.

Nas *wrongful life actions*, observa-se um erro médico que é determinante do nascimento da criança, mas não determinante das malformações e/ou doença que suporta e pelas quais pretende uma indemnização. O dano a que se realmente assiste é o dano de, através da sua atuação, colocar a progenitora num estado de total ignorância acerca das malformações do feto.

Um erro médico, consubstanciado na não realização de um exame, na sua má interpretação ou na omissão de informação, por negligência ou dolo, com violação das *leges artis*, por contrariedade ou indiferença face às regras da arte da profissão<sup>382</sup>, poderá não assumir relevância do ponto de vista jurídico-civil, se os demais pressupostos da responsabilidade civil se não verificarem<sup>383</sup>.

A responsabilidade civil extracontratual exige, por força do artº 483º/1 do CC, a violação ilícita e culposa de um direito ou de uma disposição legal designada à proteção de interesses alheios, mas a ausência de um direito a não existir torna impossível a afirmação de que o erro médico com violação das *leges artis*, perante a criança, tenha vulnerado um direito de que era detentora.

Tão-pouco se poderia assumir o preenchimento deste requisito na responsabilidade civil contratual, uma vez que, como vimos *supra*, o contrato que o médico assume perante os progenitores não pode integrar a categoria de contrato com eficácia de proteção para terceiros, não resultando assim, nenhum dever especial de proteção e cuidado para com a criança, não podendo esta vir a ser ressarcida por incumprimento ou cumprimento defeituoso do mesmo.

---

<sup>381</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., p. 77.

<sup>382</sup> RODRIGUES, Álvaro, “Responsabilidade Civil por erro médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente”, *Data Venia*, cit., p. 12, in: [https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao01/datavenia01\\_p005-026.pdf](https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao01/datavenia01_p005-026.pdf) [06.04.20].

<sup>383</sup> Bem como não deverá ser relevante, pelo menos em sede de diagnóstico pré-natal, o erro médico em que não se verifique a violação das *leges artis*. Apesar da elevada fiabilidade de exames ecográficos obstétricos, podem sempre ocorrer situações de falha dos próprios instrumentos, ou em que seria impossível a verificação de determinada malformação ou doença congénita perante qualquer outro profissional de saúde que atuasse de acordo com as regras da arte – nestes casos, existe um erro médico, mas sem culpa e neste sentido, não sancionável.



#### 4.4. DANO VIDA

A imposição, pelo artº 483º/1 do CC, de preenchimento cumulativo dos pressupostos da responsabilidade civil obriga a que a falência de um pressuposto determine a inaplicabilidade do instituto ao caso concreto, o que significa que nos bastaria, na prática, constatar o não preenchimento da ilicitude para afastarmos a admissibilidade das *wrongful life actions*. Porém, veremos que este tipo de ações não peca apenas na ilicitude. Na realidade, observa-se a falência de todos os “(...) *pressupostos da Responsabilidade Civil conducentes ao dever de indemnizar* (...)”<sup>384</sup>, como será o caso do dano que o Autor procura ver reparado, pressuposto que ora exige uma análise detalhada.

É que, da invocação de um direito a não nascer, naturalmente se depreende que a criança que procura ser indemnizada antevê a sua própria vida como um dano<sup>385</sup>: “*o dano sofrido é o dano por ter nascido, assentando no pressuposto de que a criança reclama, com o pedido indemnizatório, que “teria sido preferível a não existência à existência em tais circunstâncias”*”<sup>386</sup> <sup>387</sup>. Nas palavras de Carneiro da Frada: “(nos casos) *de deficiência originária, é a própria vida que é tida como um dano*”<sup>388</sup>. Poderá a vida constituir um dano, do ponto de vista jurídico-normativo?

Creemos que “*A resposta a dar a esta questão deve ser uma resposta técnica, deixando de lado, na medida do possível, as crenças próprias de cada um* (...)”<sup>389</sup>. Em casos como os que se investigam, afigura-se impreterível a realização de um estudo totalmente desprovido de quaisquer ideologias filosóficas, morais, religiosas ou políticas, devendo o mesmo se efetuar apenas com base no Direito existente. Veremos que uma análise assim concretizada impede-

---

<sup>384</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Março de 2015, Processo Nº 1212/08.4TBBCL.G2.S1 [Relator: Helder Roque], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [23.03.20].

<sup>385</sup> “(...) *parece quedar fuera de dudas que es la propia vida lo que se reclama como daño* (...)” - MORILLO, Andrea, “La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life”, *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, N.º 27, 2007, p. 26.

<sup>386</sup> DIAS, João Álvaro, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.380.

<sup>387</sup> SIMÕES, Fernando Dias, “Vida indevida? As acções por wrongful life e a dignidade da vida humana”, *Revista de Estudos Politécnicos*, Vol. VIII, Nº 13, 2010, p. 194.

<sup>388</sup> FRADA, Manuel Carneiro da, “A própria vida como um dano?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., in <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/> [14.04.2020].

<sup>389</sup> MORILLO, Andrea, “La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life”, *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, cit., p. 26. 13, 2010, p. 21, tradução de SIMÕES, Fernando Dias, “Vida indevida? As acções por wrongful life e a dignidade da vida humana”, *Revista de Estudos Politécnicos*, cit., p. 198.



nos de, ao lado da doutrina maioritária e jurisprudência, reconhecer a vida como um dano ressarcível através da responsabilidade civil.

Comecemos por uma definição do pressuposto em causa, que apesar de não se encontrar concretizado a nível legislativo, nem resultar de uma definição jurisprudencial unicamente aceite<sup>390</sup>, é possível alcançar com o auxílio da doutrina. Nas palavras de António Menezes Cordeiro, “(...) o dano é a supressão ou a diminuição de uma situação favorável, reconhecida ou protegida pelo Direito”<sup>391</sup>, definição também sustentada pelo italiano Arturo Rocco, que a perspetivava como a “(...) perda ou diminuição de um bem ou sacrifício ou a restrição de um interesse (...)”<sup>392</sup>. Inexistindo um dano, não importa, para efeitos da responsabilidade civil, que a conduta de um agente numa determinada situação seja censurável – perante a ausência de uma lesão, ninguém se poderá fazer valer deste instituto<sup>393</sup>.

Há uma tendência humana para considerar, na maioria das vezes, a vida como uma dádiva, ainda que dolorosa por carregar uma doença ou malformação (congénita ou não). Contudo, parece-nos plausível admitir que nem sempre a vida se configurará como um benefício, por se encontrar de tal forma, e permanentemente, ferida por severas malformações físicas ou psíquicas<sup>394</sup>. Esta opinião não deve, todavia, traduzir-se na aceitação da vida como um dano em sentido jurídico, sobretudo no que toca a *wrongful life actions*.

O conceito de dano supramencionado permite-nos chegar a uma primeira conclusão: a vida não pode ser resultado da extinção de uma situação protegida pelo Direito, desde logo porque o médico não tem, como realça Carneiro da Frada, “(...) um dever (...) perante a criança destinado a garantir-lhe (...) (o) seu “aborto” em caso de deficiência (congénita) (...)”<sup>395</sup>. Nem sequer se pode identificar um direito a interromper a gravidez na nossa ordem jurídica, porquanto se observa, como sabemos, unicamente a sua não punibilidade: “a interpretação

---

<sup>390</sup> MORILLO, Andrea, “La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life”, *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, cit., p. 26.

<sup>391</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, Coimbra: Almedina, 2014, p. 511.

<sup>392</sup> Retirado de RODRIGUES, Álvaro da Cunha, *A negligência médica hospitalar na perspectiva jurídico-penal*, Coimbra: Edições Almedina, 2013, p. 257, nota de rodapé nº 638.

<sup>393</sup> LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, cit., p. 333.

<sup>394</sup> FEINBERG, Joel, “Wrongful life and the counterfactual element in harming”, *Social Philosophy & Policy*, Vol. 4 Nº 1, 1986, p. 159.

<sup>395</sup> FRADA, Manuel Carneiro da, “A própria vida como um dano?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., in <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/> [14.04.2020].

teleológica (com determinação do “fim de proteção”) do artº 142º/1, c), do Código Penal, não nos parece decisiva porque apenas torna justificada a interrupção voluntária da gravidez, mas não impõe um dever específico ao médico (...)”<sup>396</sup>. Assim, “(...) um interesse hipotético da própria criança com respeito ao seu próprio “aborto” não é juridicamente reconhecido. À sua aceitação opor-se-iam dificuldades jurídicas insuperáveis (...)”<sup>397</sup>.

Cumpra ainda reafirmar que na nossa ordem jurídica o direito à vida é ainda é um direito de personalidade máximo indisponível<sup>398</sup>, tendo em conta que qualquer restrição voluntária ao mesmo se apresenta contrária, nos ditames do artº 81º/1 do CC, aos princípios da ordem pública<sup>399</sup>: “(...) o direito português coloca limites à disposição dos direitos de personalidade. Direitos deste tipo não são susceptíveis de irrestrita possibilidade de disposição”<sup>400</sup>. O reconhecimento de um dever assim descrito colocaria nas mãos do profissional de saúde a possibilidade de avaliação do valor da vida de uma criança, “(...) numa espécie de “eutanásia fetal”, na qual a decisão de viver ou morrer seria tomada tendo em conta o interesse específico do embrião (...)”<sup>401</sup>, algo que não nos parece admissível, desde logo porque “(nestes casos) nem lidamos sequer com a consideração de uma vontade presumida, pois, na fase intra-uterina o sujeito, por definição, não pode autoavaliar-se do ponto de vista do mérito da sua vida. Por este prisma pode dizer-se que não é concebível um dever do médico destinado a assegurar um aborto da criança deficiente—deste modo tutelando um seu interesse na não-vida —, pela simples razão de que semelhante interesse ou vontade só num futuro (longínquo) se poderia (eventualmente) manifestar”<sup>402</sup>. A este respeito há que evocar a decisão alemã do

---

<sup>396</sup> PINTO, Paulo Mota, Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”), *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, cit., p. 929, nota de rodapé nº 42.

<sup>397</sup> FRADA, Manuel Carneiro da, “A própria vida como um dano?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., in <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/> [14.04.2020].

<sup>398</sup> PINTO, Paulo Mota, Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”), *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, cit., p. 936.

<sup>399</sup> SIMÕES, Fernando Dias, “Vida indevida? As acções por wrongful life e a dignidade da vida humana”, *Revista de Estudos Politécnicos*, cit., pp. 197-198.

<sup>400</sup> FRADA, Manuel Carneiro da, “A própria vida como um dano?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., in <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/> [20.04.2020].

<sup>401</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., p. 78.

<sup>402</sup> FRADA, Manuel Carneiro da, “A própria vida como um dano?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., in <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/> [14.04.2020].

*Bundesgerichtshof*<sup>403</sup>, evidenciando que o nascituro é tutelado pelo Direito, não devendo caber a terceiros (profissionais de saúde) a possibilidade de um julgamento acerca do valor da sua vida.

É assim conclusão necessária, perante um estudo que se cinge somente ao conceito jurídico-normativo do pressuposto em causa, que “(...) a vida é enquanto tal inidónea para constituir um dano”<sup>404</sup>. Mais se afirma: para além de uma avaliação sistemática demonstrar a impossibilidade de a vida integrar o conceito de dano em sentido jurídico-civil, sempre se verificaria a necessária improcedência de uma *wrongful life action* baseada no dano vida, por ausência de nexo de causalidade e impossibilidade de estabelecer o *quantum* da indemnização, pressupostos que passamos a analisar.

#### **4.4.1. A ausência de nexo de causalidade**

A ausência de um dever de interromper a gravidez perante a criança compagina-se com outro motivo normalmente invocado para a rejeição da vida como um dano (e bem assim das *wrongful life actions*), sobre o qual nos temos vindo a debruçar – o facto de as malformações experienciadas pelo Autor não resultarem da atuação (ou omissão) do profissional de saúde, que embora atue em desconformidade com as regras da arte, não as provoca, causando antes o nascimento da criança. A inexistência de nexo de causalidade nestes casos prova que mesmo se aceitando um dano vida, nunca a mesma poderia ser compensada por via da responsabilidade civil.

O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 2012<sup>405</sup>, elucida-nos quanto a esta problemática: “A própria vida não pode ser considerada como um dano em si mesma. A vida do A. resultou da conduta do R. E não é nesta conduta que reside a causa das malformações com que nasceu, sendo que é destas que resultam diretamente os danos do A.”

O dano que o autor realmente sofre é o dano de suportar uma vida deficiente, sem a qualidade associada a uma vida saudável, dano este que o médico não criou através da sua

---

<sup>403</sup> BGHZ 86, 240, de 18 de Janeiro de 2019, in <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bz086240.html> [15.04.20], analisada *supra*, pp. 27-28.

<sup>404</sup> *Idem*.

<sup>405</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 01 de Março de 2012, Processo Nº 9434/06.6TBMTS.P1[Relator: Filipe Caroco], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [15.04.20].

atuação. “É ilegítimo, por isso, converter o médico em bode expiatório de uma situação que não ocasionou”<sup>406</sup>. Este tema merecerá, no entanto, um desenvolvimento mais aprofundado no subcapítulo referente ao dano deficiência, onde assume maior relevância, pelo que para lá remetemos<sup>407</sup>.

#### 4.4.2. A indemnização das *wrongful life actions* fundadas no dano vida

Por fim, surge a dificuldade mais realçada pela doutrina e jurisprudência maioritária que não aceitam o dano vida – a impossibilidade de proceder à sua quantificação, para efeitos de indemnização. Já tivemos oportunidade de referir que o sujeito que provoca um dano noutrem, preenchendo os requisitos da responsabilidade civil, deverá reconstituir a situação existente anteriormente à lesão, à luz do artº 562º do CC. Perante a impossibilidade de uma reconstituição *in natura*, o artº 566º/1 do CC admite, subsidiariamente, que a indemnização assuma carácter pecuniário. O cálculo de uma indemnização nestes termos deverá ser efetuado com base na “teoria da diferença (,) que aponta para o conceito abstracto (objectivo) de dano”<sup>408</sup> e demanda a realização de uma comparação entre a situação atual do lesado e a que existiria não fosse a atuação do lesante.

Ora, como é que se poderá calcular um valor pecuniário pelo dano vida, se para tal teríamos necessariamente de comparar a vida com a inexistência? “(...) Como se confronta a vida de alguém deficiente com uma não-vida dessa mesma pessoa?”<sup>409</sup>

Como expõe Carlos Almeida Rodrigues: “(...) nas *wrongful life claims* falta-nos um “padrão contrafactual de comparação”; se o dano é ter nascido, a situação hipotética actual da criança (...) seria não existir. Como é óbvio, é impossível ao tribunal mensurar a lesão da criança”<sup>410</sup>, que invoca, no entender de Carneiro da Frada, “(...) em benefício próprio uma

---

<sup>406</sup> FRADA, Manuel Carneiro da, “A própria vida como um dano?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., in <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/> [15.04.2020].

<sup>407</sup> *Infra*, pp. 91-92.

<sup>408</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de Maio de 2011, Processo Nº 851/04. 7BBGC.P1.S1[Relator: Sebastião Póvoas], in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [17.04.20].

<sup>409</sup> MONTEIRO, António Pinto, “Direito a não nascer? Anotações ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001”, *Revista Legislação e Jurisprudência*, cit., p. 384.

<sup>410</sup> RODRIGUES, Carlos Almeida, “A problemática inerente às *wrongful life claims* – a sua (não) admissibilidade pela jurisprudência portuguesa”, *Lex Medicinæ– Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, cit., p.185.

*situação em que lhe não assistiria personalidade ou capacidade jurídica capaz de ancorar qualquer pretensão indemnizatória*”<sup>411</sup>.

Em termos de jurisprudência nacional, encontramos facilmente referências à impossibilidade de calcular uma indemnização deste género. Veja-se, a título exemplificativo, a decisão do Supremo Tribunal de Justiça de 2001: *"o dano é o prejuízo de viver com a deficiência, comparado com a vantagem de não viver de todo, declarando-se os Tribunais incapazes de fazer tais cálculos"*. Noutros ordenamentos jurídicos, como nos Estados Unidos da América, no Reino Unido e na Alemanha, várias decisões se basearam neste argumento como fundamento para a inadmissibilidade de ações por *wrongful life claims*, nomeadamente nos casos *Gleitman versus Cosgrove*<sup>412</sup>, *McKay versus Essex Area Health Authority*<sup>413</sup> e na decisão do *Bundesgerichtshof*<sup>414</sup>.

No segundo caso, outra questão igualmente relevante foi levantada: o facto de a atribuição de uma indemnização nas situações em apreço ir contra o Princípio da Santidade da Vida Humana. Apesar de não encontrar grande repercussão a nível nacional, invoca-se, através deste argumento, que a atribuição de uma indemnização à criança indicia uma apreciação em sentido pejorativo, de que uma vida deficiente é menos valiosa que uma vida saudável. Um juízo realizado nestes termos entra em colisão direta com o Princípio da dignidade da pessoa humana, plasmado no artº 1º da CRP *"(...) que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado"*<sup>415</sup>. Por outras palavras, a não consideração do Autor indemne nestes casos, traduzir-se-ia num juízo de valor que o sistema judicial não pode, nem deve realizar, acerca das malformações ou doenças congénitas com as quais sempre uma pessoa nasceria, independentemente da atuação de outrem.

---

<sup>411</sup> FRADA, Manuel Carneiro da, “A própria vida como um dano?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., in <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/> [17.04.2020].

<sup>412</sup> *Gleitman v. Cosgrove*, 49 N.J. 22 (1967), 227 A.2d 689 (1967), in <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html> [21.04.20], *supra*, pp. 23-24.

<sup>413</sup> *McKay v. Essex Area Health Authority* [1982] 2 All ER 771, cuja decisão sumária se encontra em <https://webstroke.co.uk/law/cases/mckay-v-essex-area-health-board-1982> [21.04.19], *supra*, p. 26.

<sup>414</sup> BGHZ 86, 240, de 18 de Janeiro de 2019, in <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bz086240.html> [20.04.20], analisada *supra*, pp. 27-28.

<sup>415</sup> MIRANDA, Jorge, “A Constituição e a dignidade da pessoa humana”, *Didaskalia*. Vol. 29, Fasc.1 e 2, Lisboa, 1999, p. 473.

#### 4.5. DANO - DEFICIÊNCIA

Com vista a ultrapassar a impossibilidade de consideração da vida como um dano em sentido jurídico, alguma doutrina proclama a existência de outro dano nas *wrongful life actions* passível de integrar o conceito jurídico do pressuposto em estudo – o dano malformação/doença que a vida do Autor comporta.

João Pires da Rosa coloca pertinentemente a questão: “*se alguém, podendo não ter nascido, nasce na situação de uma insuportável deficiência, que lhe não permite o direito à vida como um direito à vida com qualidade, deve ou não deve essa pessoa ser indemnizada pelos danos patrimoniais e não patrimoniais que essa não qualidade transporta?*”<sup>416</sup>

Para além deste autor, que considera a deficiência como um dano atendível nestes casos, Vera Lúcia Raposo responde positivamente, escrutinando este raciocínio: “*em certas situações de clamorosa deficiência, limitação e dor, a vida surge como um minus e não como um plus e, por conseguinte, o dano deve ser atendível. Não o dano da vida em si mesma, mas o dano das condições dessa vida*”<sup>417</sup>. Paulo Mota Pinto também dá o seu parecer no mesmo sentido, defendendo que “*a pretensão indemnizatória da criança não tem se fundamentar necessariamente num pretensão “direito a não nascer” ou num “direito à não existência”, porquanto não é a vida, em si, que consubstancia o dano a indemnizar, mas sim a vida com deficiência*”<sup>418</sup>.

A vida intrauterina é protegida pelo Direito, atendendo aos artºs 24º da CRP e 142º do CP, podendo a deficiência ser subsumível ao conceito de dano, quando uma vida saudável se vê aniquilada pela atuação de outrem, passando a comportar alguma malformação ou doença. “*Quando invoca uma vida sem deficiência, o sujeito (...) quer ser compensado por ser deficiente (como é). Não contesta a vida em si mesma. Por isso pode coerentemente pretender uma satisfação por uma deficiência (...)*”<sup>419</sup>, mas (repare-se) apenas quando a mesma “*(...) lhe*

---

<sup>416</sup> ROSA, João Pires da, “Não existência – Um Direito!”, *Julgar*, cit., p. 50.

<sup>417</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., p. 81.

<sup>418</sup> PINTO, Paulo Mota, Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”), *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, cit., p. 16.

<sup>419</sup> FRADA, Manuel Carneiro da, “A própria vida como um dano?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., in <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/> [23.04.2020].

*poderia ter sido evitada*”<sup>420</sup>. No entanto, da tipicidade das *wrongful life actions* resulta que as patologias da criança são originárias, não derivando de qualquer atuação do profissional de saúde, o que significa que apesar de a deficiência poder constituir um dano em sentido jurídico, sempre se verificaria a inexistência de nexo de causalidade, que comportaria necessariamente a não atribuição de uma indemnização nestes casos.

#### 4.5.1. A inexistência de nexo de causalidade

A doutrina nacional<sup>421</sup> maioritária tem vindo a constatar a inexistência de nexo de causalidade entre a atuação do profissional de saúde e as malformações com que a criança nasce, impeditiva da aplicação da responsabilidade civil aos casos concretos. Carlos Almeida Rodrigues clarifica: “(...) o médico não causa (...) a deficiência em si, para além de que não teria sido possível eliminá-la (...), a alternativa era nascer deficiente ou não nascer”<sup>422</sup>. No mesmo sentido, António Pinto Monteiro: “Não se trata de deficiências causadas pelos médicos, antes de deficiências que não foram devidamente comunicadas aos pais (...)”<sup>423</sup> e ainda Carneiro da Frada, desenvolvendo de forma exímia esta problemática: “Nos nossos casos, a vida deficiente (...) não radica num qualquer comportamento do médico, mas antes num *facto natural* (doença, contaminação genética), a que o médico é alheio. A responsabilidade do médico (...) quanto a essa deficiência não pode por princípio ser equiparada à responsabilidade do “real” causador da vida deficiente. A responsabilidade deve atingir aquele a quem se tem de atribuir a causa essencial do surgimento do (alegado) prejuízo. Quem

---

<sup>420</sup> *Ibidem*.

<sup>421</sup> Também se encontram numerosos adeptos deste pensamento no plano internacional. Com o infortúnio de não podermos abordar todos os estudos acerca da problemática, destacamos dois: SAVULESCU, Julian, “Is there a “right not to be born”? Reproductive decision making, options and the right to information”, *Journal of Medical Ethics*, Nº28, 2002, DOI: 10.1136/jme.28.2.65, p. 65 - “There is no basis (...) for compensating a child for a disability which is constitutive of that child’s existence”, e FEINBERG, Joel, “Wrongful life and the counterfactual element in harming”, *Social Philosophy & Policy*, cit., pp. 159-160 - “(...) so long as we think of damages as representing compensation (in certain senses) for the harm, then it cannot make sense to order their payment to a victim of wrongful life, for the simple reason that his harms are not (in those senses) compensable”.

<sup>422</sup> RODRIGUES, Carlos Almeida, “A problemática inerente às *wrongful life claims* – a sua (não) admissibilidade pela jurisprudência portuguesa”, *Lex Medicinæ– Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, cit., pp.182-183.

<sup>423</sup> MONTEIRO, António Pinto, “Direito a não nascer? Anotações ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001”, *Revista Legislação e Jurisprudência*, cit., p. 379.



*apenas não afastou um perigo que ele próprio não ocasionou não lhe pode ser equiparado (...)*”<sup>424</sup>.

A jurisprudência portuguesa apresenta-se coesa perante este tema, destacando-se agora o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2013: “(...) *verifica-se uma completa inexistência de (...) nexo de causalidade entre a actividade dos Réus e as malformações do Autor, pois estas não foram devidas a qualquer acção ou omissão daqueles, o que se prova é que o Autor nasceria sempre com tais maleitas, não tendo havido qualquer acto ou omissão dos Réus a provocá-las (...)*”<sup>425</sup>.

Este raciocínio, com consequente rejeição de atribuição de uma indemnização neste tipo de ações não é novo. Já em 1983, o *Bundesgerichtshof*<sup>426</sup> proclamava a ausência de nexo de causalidade nos casos que se analisam, aludindo que independentemente da atuação do médico, a criança nunca nasceria saudável. Até no *arrêt Perruche*<sup>427</sup> o Tribunal hierarquicamente inferior à *Cour de Cassation* rejeitou a atribuição de uma indemnização ao Autor, afirmando que a contração de rubéola pela progenitora (que levou às malformações de *Nicolas Perruche*) não tinha tido causa numa atuação negligente dos médicos. Deverão prevalecer, na nossa opinião, “(...) *as vozes que preconizam a rejeição do pedido indemnizatório deduzido pela própria criança cujas malformações apenas podiam ser evitadas com a interrupção da gravidez de sua mãe*”<sup>428</sup>, perante a completa ausência de nexo de causalidade.

#### **4.5.2. Indemnização das *wrongful life actions* fundadas no dano deficiência**

A já aludida dificuldade suscitada pela inexistência de um padrão contrafactual, inviabilizador da aferição do *quantum* indemnizatório nas *wrongful life actions*, poderá ser

---

<sup>424</sup> FRADA, Manuel Carneiro da, “A própria vida como um dano?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., in <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/> [15.04.2020].

<sup>425</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de Janeiro de 2013, Processo Nº 9434/06.6TBMTS.P1.S1[Relator: Ana Paula Boularot], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [15.04.20].

<sup>426</sup> BGHZ 86, 240, de 18 de Janeiro de 2019, in <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bz086240.html> [15.04.20], decisão analisada *supra*, pp. 27-28.

<sup>427</sup> *Cour de Cassation*, 17 de novembro de 2000, JCP 2000 II 10438, in <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/french/case.php?id=1213> [24.04.20]. *Supra*, pp. 30-33.

<sup>428</sup> VOUGA, Rui Torres, “A responsabilidade médica”, *Responsabilidade Civil Profissional*, cit., p. 171.



superada por quem defende a deficiência como o dano a atender nestes casos, através da comparação entre a vida com as malformações que o Autor suporta e uma vida saudável.

Como sustenta João Pires da Rosa, “(...) há a dificuldade de encontrar o contraponto para o cálculo, para a fixação de uma indemnização a arbitrar, pois sempre se poderá dizer que a vida que se vive (mesmo sem qualidade) é necessariamente melhor que a vida que se não viveu. (...) Mas não é assim: o dano, a sobrecarga, existe e o contraponto não pode ser a não existência, o contraponto há-de ser a existência ... com qualidade”<sup>429</sup>. Desta forma seria possível ao Direito atribuir uma resposta positiva à criança que sofre e procura ser compensada.

Para Paulo Mota Pinto, o cerne desta problemática reside na apreciação concreta dos sofrimentos e necessidades que a criança suporta por ter nascido onerada na sua saúde, não se tratando, portanto, de uma questão de consideração externa acerca do valor ou desvalor de uma vida<sup>430</sup>, afirmando que “(...) não parece inultrapassável a contra-argumentação que incide na própria impossibilidade de se configurar um dano, o qual exigiria uma (impossível) avaliação “contrafactual” da situação do concreto lesado, ou que pressuporia que se considerasse preferível a morte (ou o não nascimento) a uma vida deficiente. (...) mesmo que individualmente não fosse possível o nascimento da criança sem deficiência, é obvio que existe um padrão contrafactual de comparação – o da pessoa sem malformações e regularmente funcional (...)”<sup>431</sup>. Perante o inexequível apuramento do montante exato a atribuir face a danos patrimoniais, advoga que o tribunal deverá recorrer à avaliação equitativa proporcionada pelo artº 566º/3 do CC, valendo o mesmo para os danos não patrimoniais que por regra se avaliam deste modo (artº 496º/3 do CC)<sup>432</sup>.

Propondo que se realize a comparação desta forma, para efeitos de indemnização, Vera Lúcia Raposo proclama “(...) que a comparação deva operar, não entre existência e não-existência, mas sim entre a existência de uma pessoa dita “normal” e a existência da pessoa nascida naquelas condições. Partindo do pressuposto que qualquer criança trazida ao mundo deve contar com um mínimo de condições, podemos considerar que se verifica um dano

---

<sup>429</sup> ROSA, João Pires da, “Não existência – Um Direito!”, *Julgar*, cit., p. 49.

<sup>430</sup> VOUGA, Rui Torres, “A responsabilidade médica”, *Responsabilidade Civil Profissional*, cit., p. 173.

<sup>431</sup> PINTO, Paulo Mota, Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”), *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, cit., pp. 933-934.

<sup>432</sup> VOUGA, Rui Torres, “A responsabilidade médica”, *Responsabilidade Civil Profissional*, cit., p. 173.

(indemnizável) quando se tenha decidido o seu nascimento mesmo que desprovida desse mínimo, e assim evitamos embaraçosas comparações entre existência e não-existência”<sup>433</sup>.

A doutrina que propõe a atribuição de uma indemnização nestes casos, calculada por comparação à vida de uma criança nascida sem problemas de saúde, tende a inverter o já aludido argumento da dignidade da vida humana, arrogando que a atribuição de uma indemnização à criança só pode ser perspectivada como uma forma de proteção da sua pessoa, sendo portanto conforme ao Princípio da dignidade da vida humana regulador do nosso sistema jurídico: “(...) quer-nos parecer que a negação de uma indemnização com fundamento na inadmissibilidade de uma bitola “contrafactual”, ou hipotética, a que aquela criança acaba por recorrer, quase envolve (...) uma renovada afirmação da ofensa que lhe foi feita: não só a criança nasceu com uma grave deficiência, como, na medida em que não teria podido existir de outro modo, é-lhe vedado sequer comparar-se a uma pessoa “normal” para efeito de obter uma reparação pelo erro médico...”<sup>434</sup>.

Este argumento revelou-se fulcral na decisão do *Hoge Raad*, que atribuiu uma indemnização a *Kelly Molenaar* precisamente por considerar determinante o pagamento de uma quantia pecuniária para que a criança pudesse levar uma vida o mais digna possível<sup>435</sup>. A decisão tomada pelo tribunal holandês leva-nos necessariamente a recapitular as palavras de João Pires da Rosa: “Atribuir uma indemnização à própria criança — que nasceu deficiente em consequência de um erro ilícito — é, isso sim, justamente promover a dignidade humana dessa criança”<sup>436</sup>.

É, todavia, exíguo que ocorra “um erro ilícito” por parte do profissional de saúde para que a criança seja indemnizada por via da responsabilidade civil. Como temos vindo afirmar, observa-se a falência dos restantes pressupostos deste instituto. Exultamos, a este respeito, a

---

<sup>433</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., p. 82. Consolidando esta perspetiva noutra obra: “The court must compare those conditions with ‘regular’ living conditions (ie, those experienced by the majority of people) to identify the damage. In our case, the value of the compensation must be calculated by comparing the particular living conditions of a given child with the living conditions of a healthy child, even knowing that in this case the child could never have been born healthy, because the only alternative would have been to not be born at all” - RAPOSO, Vera Lúcia, *Wrongful Birth and Wrongful Life Actions (The Experience in Portugal as a Continental Civil Law Country)*, *The Italian Law Journal*, cit., p. 432.

<sup>434</sup> PINTO, Paulo Mota, Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”), *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, cit., p. 934.

<sup>435</sup> HR (*Hoge Raad*), 18 de Março de 2005, *Rechtpraak van de Week*, in <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2005:AR5213> [04.05.20], decisão analisada nas páginas 28 e 29.

<sup>436</sup> ROSA, João Pires da, “Não existência – Um Direito!”, *Julgar*, cit., p. 53.

conclusão de António Pinto Monteiro, no seu comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001: “(...) *somos naturalmente sensíveis à preocupação de apoiar as pessoas que nasçam com deficiências. Mas à custa de quem? Dos médicos? E por que via? Pela via da responsabilidade civil? Não será claro que só com muita dificuldade – ou até mesmo forçando demasiado as coisas – é que se poderá recorrer aqui ao mecanismo da responsabilidade civil? (...) Já em outro contexto dissemos que se pede demasiado à responsabilidade civil. E é também isso que se verifica neste caso, por parte de quem é favorável à indemnização da criança*”<sup>437</sup>.

Como oportunamente se referiu, ao sistema judicial exige-se uma apreciação imparcial perante os casos que se analisam, totalmente isenta de qualquer convicção que extravase o puro raciocínio jurídico demandado pela responsabilidade civil e que se cinge à verificação do preenchimento dos seus pressupostos. “*Nos casos prefigurados impõe-se distinguir muito bem entre dano e necessidade. E a necessidade é dada pela deficiência, não pela vida. A criança deficiente tem certamente necessidade de assistência, mas não experimentou propriamente um dano* (...)”<sup>438</sup>.

Parece-nos incontestável que uma criança com malformações ou doenças congénitas e incuráveis deverá receber apoio, sobretudo financeiro, por forma a que a vida com as patologias que suporta se desenvolva nas melhores condições possíveis. Este apoio não pode, porém, estar a cargo do Direito: “(...) *fica-nos um certo travo amargo na boca (...) porque temos plena consciência de que, atualmente, o sistema de apoio pela via da Segurança Social às pessoas deficientes funciona muito aquém daquilo que se poderia desejar* (...)”<sup>439</sup>, mas a intervenção deste último mecanismo afigura-se, na nossa opinião, como a solução mais indicada para os casos em apreço<sup>440</sup>.

---

<sup>437</sup> MONTEIRO, António Pinto, “Direito a não nascer? Anotações ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001”, *Revista Legislação e Jurisprudência*, cit., p. 384.

<sup>438</sup> FRADA, Manuel Carneiro da, “A própria vida como um dano?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., in <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/> [04.05.2020].

<sup>439</sup> RODRIGUES, Carlos Almeida, “A problemática inerente às *wrongful life claims* – a sua (não) admissibilidade pela jurisprudência portuguesa”, *Lex Medicinæ– Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, cit., p.186.

<sup>440</sup> MONTEIRO, António Pinto, “Direito a não nascer? Anotações ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001”, *Revista Legislação e Jurisprudência*, cit., p. 384.



## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**



## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As *wrongful birth* e *wrongful life actions* colocam, desde sempre, problemas jurídicos que têm vindo a desafiar os limites do Direito por todo o globo. Embora no nosso ordenamento jurídico a primeira decisão do Supremo Tribunal de Justiça relativamente às mesmas remonte a 2001<sup>441</sup>, já em 1967 os Estados Unidos da América reportavam uma decisão sobre a temática, no caso *Gleitman versus Cosgrove*<sup>442</sup>.

Recentemente, Portugal assistiu a um mediático nascimento de uma criança com variadas malformações que, pela magnitude que apresentavam, pelo menos aparentemente pareciam detetáveis mediante aplicação de adequada diligência na atuação do profissional de saúde durante o processo em questão. Só noutra clínica os progenitores foram informados acerca da possibilidade de o feto vir a nascer com tais patologias. No que toca à responsabilidade penal, o caso está, até os dias que correm, em investigação, após abertura de inquérito, pelo Ministério Público, conforme ao artº 262º/2 do Código de Processo Penal, sendo o seu desfecho de difícil previsão, desde logo porque (como vimos) nem sempre estaremos perante situações de responsabilização do médico, bastando para tal que a sua atuação, embora violadora das *legis artis* da prática, não seja dotada de culpa nas formas de dolo ou negligência<sup>443</sup>.

Já no domínio da responsabilidade civil, pese embora a imprevisibilidade do resultado deste processo, devido ao delicado apuramento da culpa do médico e do nexo de causalidade nestes casos, não restam dúvidas de que, a nível jurídico-civil, a situação em apreço é potencialmente geradora de *wrongful birth* e *wrongful life claims*, conducentes à possível responsabilização do profissional de saúde: estamos perante um erro médico, instigador do desconhecimento, por parte da progenitora, acerca do estado de desenvolvimento do feto em gestação, culminando no nascimento de uma criança que poderia não ser desejada mediante as onerosidades que apresenta na sua saúde, ou poderia até preferir não nascer, a nascer com estes condicionalismos.

---

<sup>441</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Junho de 2001, Processo Nº 01A1008 [Relator: Pinto Monteiro], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [03.06.20].

<sup>442</sup> *Gleitman v. Cosgrove*, 49 N.J. 22 (1967), 227 A.2d 689 (1967), in <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html> [03.06.20].

<sup>443</sup> RODRIGUES, Álvaro, “Responsabilidade Civil por erro médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente”, *Data Venia*, cit., p. 12, in: [https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao01/datavenia01\\_p005-026.pdf](https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao01/datavenia01_p005-026.pdf) [06.04.20].

Ações deste tipo levantam, seguramente, objeções que inquinam uma avaliação objetiva<sup>444</sup> dos problemas jurídicos que apresentam, chamando variadas vezes à colação questões de índole “(...) *filosófica, moral, religiosa e política* (...)”<sup>445</sup> que se mantêm presentes no legislador, no julgador e no próprio investigador da matéria. Procurando facilitar uma análise desprovida das crenças pessoais de cada um, dispusemo-nos a desenvolver uma investigação com especial incidência na eventual relevância da autonomização do dano da perda de oportunidade para o estabelecimento de uma posição uniforme em sentido favorável à atribuição de uma indemnização nas *wrongful birth actions* e, paralelamente, desfavorável à atribuição de uma indemnização nas *wrongful life actions*.

As conclusões foram os seguintes:

- (1) A autonomização da perda de oportunidade enquanto dano viabiliza o preenchimento do requisito do nexo de causalidade face a um comportamento ilícito e culposo praticado por terceiro, em situações em que existe efetivamente uma chance (merecedora de tutela jurídica) frustrada por virtude dessa atuação. Este raciocínio permite a normal aplicação do instituto da responsabilidade civil, culminando na responsabilização do lesante pelo seu papel contributivo na redução da oportunidade de outrem obter um resultado favorável, ou evitar um resultado desfavorável.
- (2) Nas *wrongful birth actions* o dano da perda de chance consubstancia-se na perda de oportunidade de a progenitora optar atempadamente pela continuação ou não da gestação de um feto portador de malformações ou doenças graves e incuráveis, sendo esta uma oportunidade tutelada pela previsão de não punibilidade da IVG, legalmente estabelecida no artº 142º, c) do CP. Comprovando-se que a progenitora foi colocada numa posição de total desconhecimento das malformações e/ou doenças graves inerentes ao feto em desenvolvimento por força de um erro médico ilícito e culposo (comumente por negligência do profissional de saúde), a frustração desta oportunidade deverá ser reparada por via de uma indemnização por danos patrimoniais e não

---

<sup>444</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “Responsabilidade Médica em sede de diagnóstico pré-natal”, *Revista do Ministério Público*, cit., p. 116.

<sup>445</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Março de 2015, Processo N° 1212/08.4TBBCL.G2.S1 [Relator: Helder Roque], in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [23.03.20].



patrimoniais, através da aplicação da responsabilidade civil ao caso concreto. Por outro lado, nas *wrongful life actions* a perda de chance afigura-se de impossível determinação – nestes casos, é a própria criança (normalmente representada pelos pais), que peticiona uma indemnização geralmente por danos não patrimoniais, com fundamento na perda de oportunidade da progenitora optar ou não pela IVG. Não sendo a criança titular de uma oportunidade frustrada por virtude de um erro médico culposos, a perda de chance não poderá constituir um dano na sua esfera jurídica, passível de reparação. Nesta medida, esta figura permite-nos concluir pela admissibilidade de uma indemnização nas primeiras e sua rejeição nas segundas.

- (3) Dando cobro à posição adotada relativamente à admissibilidade ou não da atribuição de uma indemnização perante as *wrongful birth* e *wrongful life actions*, outras questões de índole jurídica foram aprofundadas. Nas *wrongful birth actions*, verificámos que a responsabilidade civil pode operar em determinadas situações sem o recurso à figura da perda de oportunidade, nomeadamente quando o erro médico se traduz na ocultação dos resultados de exames de diagnóstico pré-natal, em que o profissional de saúde tinha conhecimento das malformações ou doença graves do feto e optou por não informar a progenitora, verificando-se uma verdadeira violação do dever de informação. Já nas *wrongful life actions*, a desconformidade entre o pedido e a causa de pedir, o facto de a pretensão indemnizatória da criança ter por fundamento o direito à não existência depreendendo a sua vida como o dano a ser ressarcido, bem como a ausência de nexo de causalidade nestes casos, enformam problemas jurídicos a nosso ver inultrapassáveis que nos impedem de tomar uma posição em sentido favorável à atribuição de uma indemnização por via da responsabilidade civil.

Creemos que um profissional de saúde que cometa um erro médico, por violação das regras da arte, com dolo ou negligência, deverá ser responsabilizado pelos danos provenientes da sua atuação, quando se determinem preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil. Nas *wrongful birth actions*, a frustração da oportunidade de decidir ou não pela IVG é um dano que, quando derivado (à luz da teoria da causalidade adequada) de um erro médico ilícito e culposos, deverá ser restaurado pelo lesante nos termos dos artº 562º do CC. A este respeito, há

que recordar que o próprio Tribunal Constitucional “*Não julga inconstitucionais os artigos 483.º, 798.º e 799.º do Código Civil, interpretados no sentido de abrangerem uma pretensão indemnizatória dos pais de uma criança nascida com uma deficiência congénita, a serem ressarcidos pelo dano resultante da privação do conhecimento dessa circunstância, no quadro das respetivas opções reprodutivas, quando esse conhecimento ainda apresentava potencialidade para determinar ou modelar essas opções*”<sup>446</sup>.

Por outro lado, não se verão preenchidos os requisitos da responsabilidade civil perante um pedido indemnizatório da criança, gerador de uma *wrongful life action*, uma vez que relativamente à mesma não se verificam danos causados pela atuação do profissional de saúde. Não surgem dúvidas de que a criança nascida com graves deformações ou doenças merece apoio financeiro “*(...) compreendendo, assim, nós todos os esforços dos autores que pugnam pelo reforço de apoio económico a estas pessoas, aceitando a admissibilidade das wrongful life claims – i.e., tentam esgotar as possibilidades que o instituto da responsabilidade civil oferece, de maneira a colmatar as deficiências que ainda subsistem no apoio social a estes cidadãos*”<sup>447</sup> – contudo, este apoio não poderá estar a cargo do sistema judicial.

Por fim, apelamos para que permaneçam presentes as palavras de Álvaro da Cunha Rodrigues, acerca da responsabilidade civil médica: “*Gostaríamos (...) de (...) acentuar a delicadeza das questões de responsabilidade civil em relação a uma classe profissional que, salvo raras exceções, prima pela abnegação, pelo seu humanismo e até, quantas vezes, pelos seus desmedidos sacrifícios para salvar vidas ou devolver a saúde.*

*As acções de responsabilidade civil exigem especial cuidado no apuramento da conexão causal e, designadamente, da culpa médica, sabida como é a plúrima e multifacetada a complexidade dos actos médicos, sob pena de se poder criar uma verdadeira cultura de temor entre os médicos, certamente bloqueadora do desenvolvimento científico e gravemente perniciosa para os próprios utentes dos serviços de saúde.*

*Recordemos as palavras MIGUEL TORGA (...): «A roda do tempo, com o progresso acelerado que tudo altera, desandou, e no turbilhão, desagregaram-se os valores. E, é forçoso*

---

<sup>446</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 55/2016, Processo nº 662 15, in <https://dre.pt/application/conteudo/73865090> [08.06.20].

<sup>447</sup> RODRIGUES, Carlos Almeida, “A problemática inerente às *wrongful life claims* – a sua (não) admissibilidade pela jurisprudência portuguesa”, *Lex Medicinæ– Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, cit., p.1856.

*reconhecer e lamentar que, pelo que nos diz respeito, o que ganhamos em saber profissional, perdemos em humanidade.*

*Mas, se mudaram os relacionamentos, não acabaram as calamidades e o sofrimento. E, mesmo empobrecidos daquele prestígio carismático, continuamos a ser, nós médicos, a última porta a que bate, confiado, o desespero. O povo atormentado necessita cada vez mais dos nossos cuidados e da nossa devoção. Com todos os defeitos (...), somos ainda os Cirineus compassivos do calvário humano. Nenhuns outros elementos da sociedade nos avantajam no préstimo»<sup>448</sup>.*

---

<sup>448</sup> RODRIGUES, Álvaro da Cunha, “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, *Direito e Justiça*, Vol. XIV, Tomo 3, 2000, p. 246.



## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, FERNANDA, *COGITO ERGO (NON VOLLEO) SUM. Reflexões em torno das ações por nascimento e por vida indevidos* (dissertação de mestrado), Fundação Bissaya Barreto, Coimbra, 2013.
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Manual de Introdução ao Direito*, Vol. I, Lisboa: Edições Almedina, 2012.
- AMARAL, JORGE AUGUSTO PAIS DE, *Direito Processual Civil*, Lisboa: Edições Almedina S.A., 2010.
- AMORIM, LUÍS, *A função punitiva da Responsabilidade Civil* (dissertação de mestrado), Universidade de Coimbra, 2014.
- ANTÓNIO, ISA, “A Responsabilidade Médica e o advento da medicina no setor da saúde”, *Atas sobre o Congresso 50 anos do Código Civil Português*, Porto, 2016.
- ATAÍDE, RUI MASCARENHAS, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Lisboa: Almedina, 2015.
- BOTTIS, MARIA CANELLOPOULOU, “Wrongful Birth and Wrongful Life Actions”, *European Journal of Health Law*, 11, 2004.
- BOULAROT, ANA PAULA, “As acções de responsabilidade nos casos de vida indevida e de nascimento indevido”, *A tutela geral e especial da personalidade humana*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017.
- BRANCO, ISABEL, “A ideia de “perda de chance” e a sua aplicação jurisprudencial em sede de mandato judicial”, *SEMINÁRIO GERAL – Módulo sobre Risco, Transparência, Litigiosidade*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.
- BRITO, TERESA QUINTELA, “Interrupção voluntária da gravidez e exclusão da ilicitude”, *Direito e Cidadania*, Ano VI, N°s 20/21, Cidade da Praia/Cabo Verde, 2004.
- CANOTILHO, JOSÉ GOMES e MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa: Anotada*, Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CHORÃO, MÁRIO, “Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro”, *O Direito*, Ano 150, N° 4, Lisboa: Almedina, 2018.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2012.

- *Tratado de Direito Civil*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2014.
- *Tratado de Direito Civil*, Vol. IV, Coimbra: Edições Almedina, 2011.
- *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, Coimbra: Almedina, 2014.

CORREIA, VANESSA CARDOSO, *Sub Judice 38 - Direito da Saúde e Biodireito*, Lisboa: Edições Almedina, 2007.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, Lisboa: Edições Almedina, 2018.

COSTA, PATRÍCIA CORDEIRO DA, *Dano de perda de chance e a sua perspetiva no Direito Português, dissertação de mestrado*, Universidade de Coimbra, 2010.

- “Causalidade alternativa e a jurisprudência dos tribunais superiores - ou “três caçadores entram num bar...””, *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018.

COSTICH, JULIA FIELD, “The Perruche case and the issue of compensation for the consequences of medical error”, *Health Policy*, Vol. 78, doi:10.1016/j.healthpol.2005.08.007, 2005.

DE SOUZA, ANNABELLE; ROUGÉ-MAILLART, CLOTILDE, *et alli*, “L’évaluation de la perte de chance en responsabilité médicale, une mission à repréciser pour l’Expert”, *Médecine & Droit*, Vol. 139, doi:10.1016/j.meddro.2016.02.001, 2016.

DIAS, JOÃO ÁLVARO, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

- *Dano corporal: quadro epistemológico e aspetos ressarcitórios*, Coimbra: Almedina, 2001.

DIAS, JORGE FIGUEIREDO, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

DUARTE, RUI PINTO; NEVES, VÍTOR PEREIRA DAS, *et alli*, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Coimbra: Almedina S.A., 2011.

DUNCAN, WILLIAM, “Statutory Responses to “Wrongful Birth” and “Wrongful Life” Actions”, *Life and Learning XIV*, Washington, D.C.: University Faculty for Life, 2005.



- FEINBERG, JOEL, “Wrongful life and the counterfactual element in Harming”, *Social Philosophy & Policy*, Vol. 4 Nº 1, 1986.
- FERREIRA, DURVAL, *Dano da Perda de Chance - 2ª Edição*, Porto: Vida Económica – Editorial, SA, 2017.
- FERREIRA, RUI CARDONA, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial na Contratação Pública)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- “The loss of chance in civil law countries: a comparative and critical analysis”, *Maastricht Journal of International and Comparative Law*, Vol. 20, Nº1, 2013.
  - “A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade civil do mandatário forense)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Vol.IV, Lisboa: Ordem dos Advogados, 2013.
  - “A perda de chance na responsabilidade civil por ato médico”, *Revista de Direito Civil*, Ano II, Nº 1, Coimbra: Edições Almedina, 2017.
- FEUILLET, BRIGITTE, “The *Perruche* case and French medical liability”, *Drexel Law Review*, Vol. 4, Ano 139, 2011.
- FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, “Sobre a Responsabilidades das Concessionárias por acidentes ocorridos em auto-estradas”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, Vol. II, Lisboa: Ordem dos Advogados, 2005.
- “A própria vida como um dano?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, Vol. 1, Lisboa: Ordem dos Advogados , 2008.
  - *Direito Civil - Responsabilidade Civil - O método do Caso*. Lisboa: Edições Almedina, 2014.
- FRATI, PAOLA; FINESCHI, VITTORIO, *et alli*, “Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies”, *Hum Reprod Update*, Vol.23, Nº3, 338-357. doi:10.1093/humupd/dmx002, 2017.
- GIESEN, IVO, “The Use and Influence of Comparative Law in ‘Wrongful Life’ Cases”, *Utrecht Law Review*, Vol. 8, Nº2, doi:<https://doi.org/10.18352/ulr.194>, 2012.
- GOMES, JÚLIO, “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?”, *Revista de Direito e Economia*, Vol. 15, 1989.

- “Sobre o dano da perda de chance”, *Direito e Justiça*, Vol. 19, T. 2, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2005.
- GUR, NOAM, “Wrongful life claims and negligent selection of gametes or embryos in infertility treatments: A quest for coherence”, *Journal of Law and Medicine*, Vol. 22, Nº 2, Londres, 2014.
- HANSON, F. ALLAN, “Suits for wrongful life, counterfactuals, and the nonexistence problem”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 5, 1996.
- HASHILONI-DOLEV, Yael, “A Life (Un)Worthy of Living - Reproductive Genetics in Israel and Germany”, *Internacional Library of Ethics, Law and the new medicine*, Vol. 34, 2007.
- HENSEL, WENDY F., “The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 40, 2005.
- HONDIOUS, EWOUT, “The kelly case - compensation for undue damage for wrongful treatment”, *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, Netherlands, 2005.
- JANSEN, NILS, “The idea of a lost chance”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, Nº2, 1999.
- LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das Obrigações* (Vol. I). Coimbra: Edições Almedina, 2018.
- “A perda de oportunidade como dano no direito português”, *Responsabilidade Civil. Cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil*, Vol. II, Coimbra: Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018.
- LIU, ATHENA N. C., “Wrongful life: some of the problems”, *Journal of medical ethics*, Vol. 13, nº2, Glasgow University, 1987.
- MADALENO, CLÁUDIA, *A responsabilidade obrigacional objetiva por facto de outrem*, dissertação de doutoramento, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.
- MANSO, LUÍS BAPTISTA, “O dever de esclarecimento e o consentimento informado em diagnóstico pré-natal”, *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8, Nº16, 2012.

- MARTINS, MARCO, *Responsabilidade Civil por atos e omissões médicas em vida pré-natal*, dissertação de mestrado, Universidade do Minho, Braga, 2013.
- MARTINS, ROSA CÂNDIDO, “A criança adolescente e o acto médico. O problema do consentimento”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Redor,a de 1977*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- MEE, JENNIFER, “Wrongful Conception: The Emergence of a Full Recovery Rule”, *Washington University Law Review*, Vol. 70, nº 3, 1992.
- MENESES, SARA, *Perda de oportunidade: uma mudança de paradigma ou um falso alarme?*, dissertação de mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2013.
- MIRANDA, JORGE, “A Constituição e a dignidade da pessoa humana”, *Didaskalia*, Vol. 29, Fasc.1 e 2, Lisboa, 1999.
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, “Direito a não nascer? Anotações ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 134, Nº 3933, 2002.
- MONTEIRO, FERNANDO PINTO, “Direito à não existência, Direito a não nascer”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 77*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MONTEIRO, SINDE, *Responsabilidade por Conselhos Recomendações ou Informações*, Coimbra: Almedina, 1989.
- MORAITIS, ANASTASIOS, “When childbirth becomes damage: a comparative overview of "wrongful birth" and "wrongul life" claims”, *Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4, Nº8, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- MORILLO, ANDREA, “La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*”, *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, N.º 27, 2007.
- NETO, ABÍLIO, *Código de Processo Civil Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- NYS, HFL, DUTE, JCJ, “A wrongful existence in the Netherlands”, *Journal of Medical Ethics*, Vol. 30, 2004, doi:10.1136/jme.2003.005215.
- OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Temas de Direito e Medicina*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

- O'NEILL, KATHERINE, “In the News: - Compensation for the cost of raising children born as a result of medical negligence - Cattenach versus Melchoir”; *Family Matters*, Nº 65, 2003.
- PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A Responsabilidade Civil do Médico - Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- “Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência”, *Novos olhares sobre a Responsabilidade Civil*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018.
- PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- “Direitos dos pacientes e responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano 15, Nº 27, 2016, doi:10.14195/1647-8630\_27\_2.
  - “Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Nº 17, 2007.
- PEREIRA, RUI CARLOS, *O crime de aborto e a reforma penal*, Lisboa: AAFDL, 1995.
- PERGAMENT, DEBORAH, ILIJIC, KATIE, “The Legal Past, Present and Future of Prenatal Genetic Testing: Professional Liability and Other Legal Challenges Affecting Patient Access to Services”, *Journal of Medicine*, Vol. 3, nº4, 2014.
- PINTO, PAULO MOTA, “Indemnização em caso de "nascimento indevido" e de "vida indevida" ("wrongful birth" e "wrongful life")”, *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4, Nº7, 2007.
- *O interesse contratual negativo e o interesse contratual positivo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- QUEIRÓS, ANTÓNIO JOSÉ, *As acções de wrongful life e a legitimidade das suas pretensões*, dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2016.
- RAPOSO, VERA LÚCIA, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Nº 21, 2010.
- “A responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal”, *Revista do Ministério Público*, Ano 33, Nº 132, 2012.
  - *Do ato médico ao problema jurídico*, Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2013.

- “Em busca da chance perdida (O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica)”, *Revista do Ministério Público*, Ano 35, Nº 138, 2014.
- “Wrongful Birth and Wrongful Life Actions (The Experience in Portugal as a Continental Civil Law Country)”, *The Italian Law Journal*, Vol. 3, Nº2, 2017.

ROCHA, NUNO SANTOS, *A "Perda de Chance" Como Uma Nova Espécie de Dano*. Lisboa: Edições Almedina, 2014.

RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA, “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, *Direito e Justiça*, Vol. XIV, Tomo 3, 2000.

- “Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente”, *DataVenia*, Ano 1, Nº1, 2012.
- *A negligência médica hospitalar na perspectiva jurídico-penal*, Coimbra: Edições Almedina, 2013.

RODRIGUES, CARLOS ALMEIDA, “A problemática inerente às wrongful life claims: a sua não admissibilidade pela jurisprudência portuguesa”, *Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, A.10, Nº 19, 2013.

RODRIGUES, JOÃO VAZ, *O consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ROSA, JOÃO PIRES DA, “NÃO EXISTÊNCIA — UM DIREITO!”, *Julgar*, Nº 21, 2013.

SANTOS, INÊS NEVES, “Lost of chance”, *AB INSTÂNCIA*, Ano 4, Nº 6, Lisboa: Almedina, 2016.

SAVULESCU, JULIAN, “Is there a “right not to be born”? Reproductive decision making, options and the right to information”, *Journal of Medical Ethics*, Nº 28, 2002, doi:<https://dx.doi.org/10.1136%2Fjme.28.2.65>.

SEABRA, DIANA, *O erro de diagnóstico e a chance perdida: a responsabilidade médica na era da tecnologia e dos cortes orçamentais*, dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, s.d.

SEABRA, MIGUEL, *Análise jurisprudencial sobre o tema da perda de chance processual*, dissertação de mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2019.

SHELDON, TONNY, “Court awards damages to disabled child for having been born”, *British Medical Journal*, 326(7393), 2003, doi:[10.1136/bmj.326.7393.784/b](https://doi.org/10.1136/bmj.326.7393.784/b).

- SILVA, SARA, *Vida indevida (wrongful life) e direito à não existência*, dissertação de mestrado, Universidade Lusíada – Norte, 2015.
- SIMÕES, FERNANDO DIAS, “Vida indevida? As acções por wrongful life e a dignidade da vida humana”, *Revista de Estudos Politécnicos*, Vol. VIII, Nº 13, 2010.
- SÖRITSA, DINA, “Damages Subject to Compensation in Cases of Wrongful Birt”, *JURIDICA INTERNATIONAL*, Vol. 24, 2016.
- TEIXEIRA, LEONOR CATELA, “Perda de chance : dano autónomo ou mero suprimimento do nexo causal?”, *Revista de Direito Civil*, Ano I, Nº3, Lisboa: Almedina, 2016.
- TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- TROKE, BEN, “The price of life: wrongful existence case law and international comparisons”, *Clinical Risk*, Nº13, Vol. 5, 2007.
- “Wrongful existence claims: the ‘McFarlane Approach’, trends in policy and ethics, and the future”, *Clinical Risk*, Vol. 13, Nº5, 2007.
- TROTZIG, MARTEN, “The defective child and the actions for wrongful life and wrongful birth”, *Journal of Legal Medicine*, Vol. 2, Nº1, 1980, doi:10.1080/01947648009513322.
- VANDERHOEF, PHILIP, “Washington Recognizes Wrongful Birth and Wrongful Life - A Critical Analysis—Harbeson v. Parke-Davis”, *Washington Law Review*, Vol. 58, Nº3, 1983.
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE; VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª Edição, Lisboa: Almedina, 2019.
- VICENTE, DÁRIO MOURA, *Direito Comparado*, Vol. II, Obrigações, Coimbra: Almedina, 2017.
- VOUGA, RUI TORRES, “A responsabilidade médica”, *Responsabilidade Civil Profissional*, 1ª ed., Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017.

## **JURISPRUDÊNCIA**





## **JURISPRUDÊNCIA**

### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 25/84, Diário da República n.º 80/1984, Série II de 1984.04.04, *in*: <https://dre.pt/application/conteudo/751774>

Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 85/85, Diário da República n.º 143/1985, Série II de 1985.06.25, *in*: <https://dre.pt/application/conteudo/704747>

Acórdão do Tribunal Constitucional Nº 288/98 [Relator: Nunes de Almeida], *in*: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html>

Acórdão do Tribunal Constitucional Nº 75/2010 [Relator: Sousa Ribeiro], *in*: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>

Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 55/2016, Processo nº 662 15, *in*: <https://dre.pt/application/conteudo/73865090>

### **SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 08 de Junho de 1995, Processo Nº 045679 [Relator: Sa Nogueira], *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Junho de 2001, Processo Nº 01A1008 [Relator: Pinto Monteiro], *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 01 de Julho de 2003, Processo nº 03A1902 [Relator: Azevedo Ramos], *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Outubro de 2004, Processo Nº 04B2885 [Relator: Oliveira Barros], *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Dezembro de 2009, Processo nº 312-C/2000.C1-A.S1 [Relator: Moreira Alves], *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29 de Setembro de 2010, Processo Nº 171/2002.S1 [Relator: Moreira Alves] *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de Maio de 2011, Processo Nº 851/04.7BBGC.P1.S1 [Relator: Sebastião Póvoas], *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 2013, Processo N° 9434/06.6TBMTS.P1.S1[Relator: Ana Paula Boularot], *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05 de Fevereiro de 2013, Processo N° 488/09.4TBESP.P1.S1 [Relator: Hélder Roque] *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Março de 2013, Processo N° 78/09.1TVLSB.L1.S [Relator: Maria dos Prazeres Beleza] *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03 de Abril de 2014, Processo N° 436/07.6TBVRL.P1.S1 [Relator: Álvaro Rodrigues], *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Março de 2015, Processo N° 1212/08.4TBBCL.G2.S1[Relator: Helder Roque], *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02 de Junho de 2015, Processo N° 1263/06.3TVPRT.P1.S1 [Maria Clara Sottomayor], *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de Janeiro de 2017, Processo N° 12198/14.6T8LSB.L1.S1 [Relator: Tomé Gomes], *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07 de Março de 2017, Processo N° 6669/11.3TBVNG.S1 [Relator: Gabriel Catarino], *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de Março de 2018, Processo N° 7053/12.7TBVNG.P1.S1[Relator: Maria Graça Trigo], *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

#### **SUPREMO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO**

Acórdão do Supremo Tribunal Central Administrativo, de 09 de Outubro de 2015, Processo N° 00814/2000-Coimbra [Relator: Joaquim Cruzeiro], *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

#### **TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO**

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 01 de Março de 2012, Processo N° 9434/06.6TBMTS.P1[Relator: Filipe Caroço], *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

## **TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA**

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de Janeiro de 2012, Processo N° 1585/06.3TCSNT.L1-1 [Relator: Rui Vouga], *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03 de Maio de 2012, Processo N° 78/09.1TVLSB.L1-2 [Relator: Lúcia Sousa] *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de Dezembro de 2015, Processo n.º 1490/09.1TAPTM.L1-3 [Relator: Rui Gonçalves] *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de Julho de 2015, Processo n° 6987/13.6TBOER.L1-1[Relator: Manuel Marques], *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

## **TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA**

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18 de Fevereiro de 2020, Processo N° 2133/16.2T8CTB.C1[Relator: Jorge Arcanjo], *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

## **TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES**

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 31 de Outubro de 2019, Processo N° 4180/18.0T8BRG.G1 [Relator: Margarida Almeida Fernandes], *in*: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

## **JURISPRUDÊNCIA AMERICANA**

*Clarence v. Christensen v. H.J. Thornby* (1934), *in*: [http://mn.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19340622\\_0002.MN.htm/qx](http://mn.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19340622_0002.MN.htm/qx)

*Zepeda v. Zepeda*, 190 N.E.2d 849, 41 Ill. App. 2d 240 (1963), *in*: <https://www.courtlistener.com/opinion/2192746/zepeda-v-zepeda/>

*Williams v. State of New York*, 18 N.Y.2d 481 (1966), *in*: <https://law.justia.com/cases/new-york/court-of-appeals/1955/308-n-y-548-0.html>

*Gleitman v. Cosgrove*, 49 N.J. 22 (1967), 227 A.2d 689 (1967), *in*: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html>

*Jacobs v. Theimer*, 519 S.W.2d 846 (1975), in: <https://law.justia.com/cases/texas/supreme-court/1975/b-4583-0.html>

*Becker v. Schwatz*, 46 N.Y.2d 401 (1978), in: <https://www.leagle.com/decision/197844746ny2d4011413>

*Curlender v. Bio-Science Laboratories* (1980) 106 Cal.App.3d 811, in: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/106/811.html>

*Turpin v. Sotini* (1982) 31 Cal.3d 220, in: <https://scocal.stanford.edu/opinion/turpin-v-sortini-30626>

*Haberson v. Parke-Davis*, 98 Wn.2d 460 (1983) 656 P.2d 483, in: <https://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/1983/48331-1-1.html>

*Procanik v. Cillo* 97 N.J. 339 (1984), 478 A.2d 755, in <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1984/97-n-j-339-0.html>

*Clark v. Children Memorial Hospital* (2011), in: <https://courts.illinois.gov/Opinions/SupremeCourt/2011/May/108656.pdf>

#### **JURISPRUDÊNCIA INGLESA**

*McKay v. Essex Area Health Authority* [1982] 2 All ER 771, in: <https://webstroke.co.uk/law/cases/mckay-v-essex-area-health-board-1982>

*Salih v Enfield Health Authority* (1991) 2 Med LR 235, in: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12344396>

*McFarlane v. Tayside Health Board* [1999] 4 All ER 961, in: <https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm>

*Parkinson v St James and Seacroft NHS Trust* [2001] 3 All ER 97 in: <https://www.brownejacobson.com/insurance/training-and-resources/legal-updates/2001/04/parkinson-v-st-james-and-seacroft-university-hospital-nhs-trust-c-a>

*Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2003] UKHL 52; [2003] 4 All ER 987, in: <https://swarb.co.uk/rees-v-darlington-memorial-hospital-nhs-trust-hl-16-oct-2003/>

## **JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ**

BVerfG 28 de Maio de 1993, BverfGE 88,203,296, *in*:  
<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>

BVerfGE, decisão de 12 de Novembro de 1997, BVerfGE 96, 375, *in*:  
<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv096375.html>

BGH, 18 de Março de 1980, *JuristenZeitung*, nº11/12, 1980

BGH, 18 de Janeiro de 1983, *JuristenZeitung*, nº11/12, 1983

76 BGHZ 249, *in*: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bz076249.html>

76 BGHZ 259 *in*: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bz076259.html>

BGHZ 86, 240, de 18 de Janeiro de 2019, *in*: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bz086240.html>

OLG Bamberg, 6 de Fevereiro de 1978, *Juristen Zeitung*, nº15/16, 1798

OLG München, 27 de Fevereiro de 1981, *Juristen Zeitung* nº17, 1981

## **JURISPRUDÊNCIA HOLANDESA**

HR (*Hoge Raad*), 21 de Fevereiro de 1997, *Nederlands Jurisprudentie* 145, 1999, *in*:  
<http://arresten.eu/privaatrecht/hr-21-02-1997-nj-1999-145-wrongful-birth/>

HR (*Hoge Raad*), 18 de Março de 2005, *Rechtspraak van de Week*, *in*:  
<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2005:AR5213>

## **JURISPRUDÊNCIA FRANCESA**

*Cour de Cassation*, 17 de novembro de 2000, JCP 2000 II 10438, *in*:  
<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/french/case.php?id=1213>